Der Einfluss des Spiels auf Darlehen, Auftrag und andere Rechtsgeschäfte.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Carl Reiss

Rechtspraktikant aus München.

Approbiert am 29. April 1909.

München 1909.
Buch- und Kunstdruckerei J. Schön, Holzstr. 7.

Der Einfluss des Spiels auf Darlehen, Auftrag und andere Rechtsgeschäfte.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Carl Reiss

Rechtspraktikant aus München.

ACAD. LIBRARY BIBL.

Approbiert am 29. April 1909.

München 1909.
Buch- und Kunstdruckerei J. Schön, Holzstr. 7.

Referent: Universitätsprofessor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Literatur-Verzeichnis	V—VII
Einleitung	1
§ 1. Spiel und Wette	1—7
Anhang	7—8
§ 2. Unklagbarkeit von Spiel und Wette	8—12
§ 3. Die Versagung des Erfüllungszwanges im einzelnen	12—16
§ 4. Ausschluß der Rückforderung im einzelnen	16—26
§ 5. Aufrechnung und Kontokorrent	27—32
§ 6. Das Spieldarlehen	32—42
§ 7. Der Spielauftrag	42—49
§ 8. Werkvertrag, Gesellschaft, Vergleich und Schiedsvertrag	49—51

Literatur-Verzeichnis.

Allendorf, Die natürlichen Verbindlichkeiten des B. G. B., Diss., Rostock 1904.

Anzeiger, Schleswig-Holsteinscher 1905.

Backmeister, Differenzgeschäfte im Kontokorrentverkehr, Diss., Göttingen 1907.

Bähr, Gegenentwurf zu einem Entwurf des B. G. B., Cassel 1892.

Bruck, Ueber Spiel und Wette, Diss., Greifswald 1868.

Busse, Die unvollkommenen Schuldverhältnisse im heutigen Recht, Diss., Erlangen 1906.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Jena 1903.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, Tübingen 1902.

Danz, Der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte im Bankarchiv IV, Seite 145.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1907.

— Bürgerliches Recht, 3. Aufl., Halle 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Berlin.

Emminghaus, Vom Spielanlehen im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Band 7 Neue Folge, S. 1 ff., Darmstadt 1890.

Fischer-Henle, B. G. B., 7. Aufl., München 1906.

Gareis, Handkommentar zum H. G. B., 3. Aufl., München 1904.

Gerber, System des deutschen Privatrechts, Jena 1873.

Gompertz, Die Behandlung von Spiel und Wette im B. G. B., Diss., Leipzig 1903.

Hachenburg, Das bürgerliche Recht für das Deutsche Reich. Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1903

— Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

Hirschfeld, Ueber Wettrennen und Rennwetten. Diss., Erlangen 1899.

Ihering, Geist des römischen Rechts, Leipzig 1884.

Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, Berlin 1905.

Kowalski, Die Naturalobligation, Diss., Marburg 1907.

Kraut, Grundriß zu den Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 3. Auflage.

Kuhn, Welche Erscheinungen kennt das B. G. B., die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind? Diss., Rostock 1903.

Loew, Die Wette, Diss., Marburg 1904.

Mahler, Die natürlichen Verbindlichkeiten im B. G. B., Diss., Erlangen 1904.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1900.

Menzel, Spiel und Wette, Diss., Marburg 1901.

Meyer, Die Naturalobligationen im B. G. B., Diss., Rostock 1901.

Moncke, Spiel und Wette im B. G. B., Diss., Rostock 1904.

Motive zum B. G. B., Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B.

Neumann, Handausgabe zum B. G. B., Berlin 1900.

Nissen, Regulierung sogen. erlaubter Spielschulden durch Wechsel in der jur. Wochenschrift 1901, S. 884 ff.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906.

— Natürliche Verbindlichkeiten im B. G. B., in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1902 Nr. 23, S. 199 ff.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert, 3. Aufl., Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung.

Puchta, Pandekten, 10. Aufl., Leipzig.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Regen, Welche Erscheinungen kennt das B. G. B., die den römischrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind? Diss., Rostock 1903.

Regelsberger, Die rechtliche Natur der Abrechnung in Iherings Jahrbüchern, Bd. 46, S. 11, Jena 1904.

— Ueber den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeiten von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung, Iherings Jahrbücher, Bd. 49, S. 407 ff., Jena 1905.

Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen.

Reuber, Der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette, Diss., Würzburg 1903.

Reymannn, Ueber Spiel und Wette, Diss., Leipzig 1906.

Scherer, Kommentar zum B. G. B., Erlangen 1899.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B., 2. Aufl., Berlin 1904.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.

— Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899.

Staub, Kommentar zum H. G. B., 6. und 7. Aufl., Berlin 1900.

— Kommentar zum H. G. B., 8. und 9. Aufl., Berlin 1907.

Staudinger Kommentar zum B. G. B., München 1908.

Thöl, Verkehr mit Staatspapieren, Göttingen 1835.

Trumpler, Differenzgeschäfte nach dem B. G. B. und Börsengesetz in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 50, S. 388 ff., Stuttgart 1900.

Wilda, Die Lehre vom Spiel aus dem deutschen Recht neu begründet, in der Zeitschrift für das deutsche Recht, Bd. 2, S. 133 ff., Leipzig 1839.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl. Herausgegeben von Kipp, Frankfurt 1900.

Einleitung.

Die vorliegende Darstellung hat es sich zur Aufgabe gemacht, den Einfluß des Spiels auf andere Rechtsgeschäfte darzustellen. Hiebei soll neben dem Nachweis des Einflusses auf die zur Erfüllung der Spielschuld oder sonst aus Anlaß des Spiels abgeschlossenen Rechtsgeschäfte hauptsächlich darauf Gewicht gelegt werden, zu zeigen, wie sich die zum Zwecke des Spiels eingegangenen Rechtsgeschäfte, insbesondere Darlehen, Aufträge und Gesellschaft gegenüber der Einwirkung des Spiels verhalten.

Zu diesem Zwecke ist es jedoch unumgänglich, vorher in kurzen Zügen das Wesen des Spiels und seine rechtliche Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch darzustellen.

§ 1.

Spiel und Wette.

Das B. G. B. hat in seinem § 762 Spiel und Wette der gleichen Behandlung durch das Gesetz unterstellt und damit der Streitfrage nach dem begrifflichen Unterschied dieser beiden Verträge, die unter der Herrschaft des gemeinen Rechts vielfach Anlaß zu weitgehenden Erörterungen bot, die hauptsächlichste Bedeutung genommen.

Daraus folgt jedoch nicht, daß die Bestimmung des Begriffes der Wette und des Spiels für uns belanglos ist, da das Gesetz an die diesen Begriffen entsprechenden Tatbestände rechtliche Folgen knüpft, beide Begriffe sohin von erheblicher rechtlicher Bedeutung sind. Dies zeigt sich zunächst bei Punkten, die hauptsächlich für die Praxis

von Wichtigkeit sind; so wenn es sich darum handelt, die Grenzen zwischen unklagbarer Auslobung und klagbarer Wette festzustellen, wie dies vor nicht zu langer Zeit in einem vielgenannten Prozesse zur Entscheidung stand.

Ein weiteres Beispiel hiefür bietet auch der § 284 St. G. B., der denjenigen, der aus dem Glückspiel ein Gewerbe macht, mit Gefängnis bestraft. Hier, ebenso wie bei der Bestrafung nach § 285 St. G. B. wegen Duldens von Glückspielen an einem öffentlichen Versammlungsort kann die Entscheidung davon abhängen, ob in der zu beurteilenden Handlung Spiel oder Wette zu erblicken ist.

Alle diese Erwägungen lassen es auch unter der Herrschaft des B. G. B. angebracht erscheinen, in eine Untersuchung des begrifflichen Unterschiedes zwischen Spiel und Wette einzutreten, bezüglich dessen auch jetzt noch keine Einigung besteht.

Das B. G. B. hat es übrigens vermieden, eine Definition des Spiel- und Wettvertrages zu geben. Es folgt hiebei den meisten neueren Codifikationen, die im Anschluß an das preußische allgemeine Landrecht und den code civil auf eine Auseinandersetzung des Wesens von Spiel und Wette Verzicht leisten. Das einzige größere Gesetzbuch, das in neuerer Zeit einen Versuch in dieser Richtung macht, ist das Oesterr. B. G. B. mit der Erläuterung des Begriffes „Wette“ in seinem § 1270[1]), die jedoch nur wenig zur Klärung des Streites beigetragen hat.

Spiel und Wette gehören zu jenen Verträgen, die die Wissenschaft des gemeinen Rechts[2]) unter dem Namen „aleatorische Verträge“ zusammenfaßt, das sind Verträge, bei denen Existenz oder Umfang eines Anspruchs von ungewissen Eventualitäten abhängig gemacht wird. Eine zusammenfassende Regelung derselben im B. G. B. ist

[1]) § 1270 Oesterr. B. G. B.: „Wenn über ein beiden Teilen noch unbekanntes Ereignis ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird, so entsteht die Wette“.

[2]) cfr. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 104 am Schluß.

nach den Mot.[3]), trotzdem die Verfasser des Gesetzbuches sie für wünschenswert gehalten hätten, unterblieben, weil eine gemeinsame gesetzliche Definition derselben unmöglich erschien und auch manche Verträge dieser Art nur untergeordnete Bedeutung besitzen.

Dem Spiel und der Wette ist, wie mit Windscheid[4]) ziemlich übereinstimmend angenommen wird, gemeinsam, „daß eine Partei der anderen etwas unter einer Bedingung verspricht, welche das Gegenteil ist von der Bedingung, unter welcher sie ihrerseits sich von der anderen Partei etwas versprechen läßt, sodaß im Ergebnis nur die eine Partei etwas erhält, also gewinnt, während die andere nichts erhält, also verliert."

Bevor wir nun den Unterschied zwischen Spiel und Wette zu erfassen suchen, muß daran erinnert werden, daß bis zur Einführung des B. G. B. fast allgemein in der rechtlichen Behandlung der beiden Verträge ein großer Unterschied bestand. Während das Spiel fast überall unklagbar, ja sogar verboten war, war die Wette meist erlaubt und gültig. Daß von diesem Umstand die Meinungen nicht unbeeinflußt bleiben konnten, ist selbstverständlich.

Die herrschende Lehre nimmt in Anknüpfung an diese Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung an, daß auch ein begrifflicher Unterschied zwischen Spiel und Wette gegeben sei. Es kann natürlich im Rahmen dieser Darstellung nicht davon die Rede sein, alle Theorien, die diese Frage in ihren verschiedenen Abstufungen behandeln, anzuführen, sondern es wird nur möglich sein, mit den wichtigsten bekannt zu machen.

Zwei Hauptströmungen sind es, die einen Unterschied von Spiel und Wette anerkennen, die aber das unterscheidende Merkmal in ganz entgegengesetzten Anzeichen suchen.

Die eine Richtung legt das entscheidende Gewicht auf äußere Momente. Hier war eine Zeitlang die von

---

[3]) Mot. II, S. 635 und S. 643.

[4]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., § 419, S. 799.

Thöl[5]) vertretene Ansicht von großer Bedeutung, daß beim Spiel die Entscheidung durch die Tätigkeit der Parteien herbeigeführt werde, während eine solche bei der Wette nicht gegeben sei. Daß auf solche Aeußerlichkeiten eine Scheidung der beiden Verträge nicht abgestellt werden kann, zeigen schon die von Thöl selbst zur Verdeutlichung aufgeführten Beispiele; es ist wirklich nicht abzusehen, wieso der Umstand, daß jemand die gerade oder ungerade Anzahl von Rockknöpfen oder aber die Zahl der von ihm in die Hand genommenen Münzen über Gewinn oder Verlust entscheiden läßt, Wette im ersteren oder Spiel im letzteren Falle begründen kann, ohne daß die Unterscheidung den Anschein von Willkürlichkeit erregte. Dem unbefangenen Beurteiler erscheinen vielmehr die beiden Fälle völlig gleichgelagert. Die Thöl'sche Lehre, die anfänglich in dieser und ähnlicher Weise den Beifall vieler Privatrechtslehrer[6]) fand, wurde übrigens schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts allmählich verlassen und es gewann jene Anschauung die Uebermacht, die von inneren Tatsachen die Unterscheidung zwischen Spiel und Wette abhängig macht. Bei den meisten kommt es hier auf das Motiv an, das die Parteien beim Vertragsabschluß leitet; so sieht Oertmann[7]) den Unterschied darin, daß beim Spiel die Absicht auf Unterhaltung und Gewinn gerichtet ist, während bei der Wette das ideale Interesse an der Bewahrheitung einer aufgestellten Behauptung vorwalten soll. Aehnlich, wenn auch noch enger, stellt Planck[8]) der Absicht, durch Zufall einen Gewinn zu machen, die Bekräftigung bestimmter Behauptungen gegenüber, während Dernburg[9]) dem Gewinn ohne nützliche Arbeit

---

[5]) Thöl, Verkekr mit Staatspapieren, S. 263 ff.

[6]) z. B. Gerber, System des deutschen Privatrechts Jena 1873, S. 519; Seuffert, Pandekten, Würzburg 1864, § 369, S. 505.

[7]) Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906, Vorbemerkung 1 zu § 762.

[8]) B. G. B., 3. Aufl., Berlin 1907, Bd. II, Vorbemerkung 1 zu § 762, S. 501.

[9]) Das bürgerliche Recht, 3. Aufl., Halle 1906, § 211, S. 166.

beim Spiel den Meinungskampf bei der Wette gegenüberstellt.

Von vornherein muß hier darauf hingewiesen werden, daß das Motiv, das einen Vertragsabschluß beherrscht, nach den allgemeinen Regeln des Rechts ohne Einfluß auf die Wesenheit des Vertrages ist.

Alle eben aufgeführten Theorien sind jedoch auch zu sehr auf den einzelnen Fall zugespitzt. Oftmals wird sich das Motiv, das die Partei zum Vertragsabschluß führt, gar nicht erkennen lassen; in anderen Fällen spielen die Motive wieder in einer Weise in einander über, daß von einer Unterscheidung nicht die Rede sein kann. So wird es vorkommen, daß ein Meinungskampf aus Gewinnsucht ausgefochten wird. Soll hier nun Wette oder Spiel angenommen werden?

Alle diese Fragen lassen die Anschauung als berechtigt erscheinen, die einen begrifflichen Unterschied zwischen Spiel und Wette verneint. Die Gleichstellung dieser beiden Verträge wurde zuerst von Puchta[10]) betont, der das Spiel als einen Complex von zusammenhängenden Wetten bezeichnet, während Bruck[11]) ausführt, daß, soweit das Spiel in seiner Eigenschaft als Geldspiel juristische Natur zeige, in ihm alle charakteristischen Merkmale der Wette enthalten seien, sodaß eine Scheidung des Geldspiels und der Wette dem Begriff nach unmöglich sei, indem das erstere eine species der letzteren darstelle. Das eigentliche Spiel aber sei kein Rechtsgeschäft und habe nur Bedeutung für den Juristen, soweit sich an dasselbe eine Wette knüpfe, wonach die unterliegende Partei an die gewinnende eine gewisse Summe zahlen müsse.

Auf dem hier beschrittenen Weg geht auch Mengel[12]), wenn er darlegt, daß deshalb die Wette lediglich eine Unterart des Spieles ist und kein Unterschied im Wesen der beiden Verträge besteht, weil jedesmal die Parteien

---

[10]) Puchta, Pandekten, Leipzig 1835, § 258, Anm. n.

[11]) Bruck, über Spiel und Wette, Greifswalder Diss. 1868, S. 71.

[12]) Mengel, Spiel und Wette, Erlangen, Diss. 1901, S. 24, S. 34 ff.

einen Vermögensübergang entweder von der Wichtigkeit bestrittener oder bestreitbarer Behauptungen oder von sonstigen Umständen abhängig machen.

Die von Reymann[13]) gegen die zuletzt angeführten Ansichten vorgebrachten Bedenken gehen davon aus, daß bei der Wette nicht wie beim Spiel die Erlangung eines Vermögensvorteils ebenfalls Vertragszweck sei. Er sieht in dem Setzen einer Geldsumme bei der Wette nur die Förderung des in der Beseitigung eines Streites bestehenden Vertragszweckes, übersieht dabei aber, daß, wie schon oben ausgeführt, bei vielen Wetten der Gesichtspunkt der Gewinnsucht die Rechthaberei weit überwiegt.

Die im Vorhergehenden befürwortete Ausschließung eines begrifflichen Unterschiedes im Wesen von Spiel und Wette findet ihre Stütze auch im Sprachgebrauch selbst, der nicht streng eine Bezeichnung getrennt von der anderen, sondern vielfach beide für einen Begriff nebeneinander anwendet, sodaß sich auch hieraus schließen läßt, daß ein Unterschied zwischen beiden Verträgen nicht besteht.[14])

Ausschlaggebend aber ist für die Gleichstellung von Spiel und Wette, daß bei ersterem sowohl, wie bei letzterem der Vertragsinhalt, das ist der erklärte Wille der beiden Parteien, genau der gleiche ist. Beim Spiel und bei der Wette versprechen die Parteien unter entgegengesetzten Bedingungen, sich einem Vermögensverlust zu unterwerfen, in der Absicht, sich auf Kosten des Gegners ohne einen besonderen Rechtsanspruch zu bereichern. In Bezug auf das Spiel dürfte dem wohl kein Bedenken im Wege stehen. Wenn aber für die Wette von manchen das Gewicht auf das Interesse der Wettenden an der Bewahrheitung einer aufgestellten Behauptung gelegt wird, so muß dem mit

---

[13]) Reymann, über Spiel und Wette, Leipziger Diss. 1906, S. 35.

[14]) So hält der Sprachgebrauch, trotzdem Rechtsprechung und Wissenschaft die Rennwette als Spiel erklären, daran fest, hier von Wette zu sprechen, wie auch das R. G. vom 4. Juli 1905 die Wette bei öffentlich veranstalteten Pferderennen betr. nie den Ausdruck Spiel gebraucht.

Mengel[15]) entgegengehalten werden, daß die „Wette um die Ehre“ diesem Interessenstreit ebenso sehr genügen müßte, wie eine Geldwette, wenn nicht die Absicht, auf Kosten des Gegners Vermögensvorteile zu erwerben, das treibende Element wäre. Daß natürlich die Wette um die Ehre ebenso wie das Spiel ohne Geld ohne jedes juristische Interesse ist, bedarf keiner besonderen Wiederholung.

Erwägt man noch, daß in der jetzigen Gesetzgebung Spiel und Wette einander gleichstehen[16]), so muß man es nicht nur als logisch richtig, sondern auch als praktisch bedenkenfrei bezeichnen, einen begrifflichen Unterschied der beiden Verträge zu verneinen.[17])

Anhang.

Auf Grund dieser Konstatierung erübrigt sich für die weitere Darstellung, Spiel und Wette einer gesonderten Behandlung zu unterwerfen. Es soll von nun an die Wette mit der stillschweigenden Voraussetzung ausscheiden, daß, wo von Spiel die Rede ist, das gleiche von der Wette gilt. Mit demselben Vorbehalt sollen auch die Rechtsgeschäfte außer Betracht bleiben, die vom Gesetz als Spiel angesehen werden, und auf die die Regeln des

---

[15]) a. a. O., S. 23.

[16]) Ebenso § 1272, S. 1 und 2, österr. B. G. B. „Jedes Spiel ist eine Art Wette. Die für Wette festgesetzten Rechte gelten auch für Spiel“. Hier ist sogar eine begriffliche Gleichstellung von Spiel und Wette gegeben.

[17]) Hier wäre auch noch die Frage zu erörtern, ob die sogenannte einseitige Wette, d. h. der Fall, daß von den Vertragsgegnern nur der eine eine Leistung verspricht, eine echte Wette darstellt.

Die herrschende Meinung erkennt dies meines Erachtens mit Recht nicht an und sieht darin das Versprechen einer Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung. Bei Spiel und Wette ist wesentlich, daß beide Teile ein Risiko übernehmen, das hier ausgeschlossen ist. Ebenso Reymann, a. a. O., 10 ff; Mengel, a. a. O., S. 29 f; Mahler, die natürliche Verbindlichkeit im B. G. B. Erlangen. Diss. 1904, S. 28; a. A.: Dernburg, a. a. O., § 211, S. 166, Anm. 7; Staudinger, Co. B. G. B., 3/4 Aufl., S. 762 II a, b. Hirschfeld, über Wettrennen und Rennwetten, Erlangen. Diss. 1899, S. 7 f.

§ 762 Anwendung finden. Das sind die staatlich nicht genehmigten Lotterien und Ausspielverträge nach § 763, die Differenzgeschäfte des § 764 B. G. B. und endlich die nicht verbindlichen, nicht verbotenen Börsentermingeschäfte nach § 52 ff. des Börsengesetzes in der Fassung vom 27. Mai 1908.

§ 2.

Unklagbarkeit von Spiel und Wette.

§ 762, Abs. 1, B. G. B. bestimmt:

„Durch Spiel und Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat."

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob durch diesen Satz ausgesprochen werden sollte, daß rechtliche Beziehungen zwischen den Spielenden überhaupt nicht bestünden. Eine Anschauung, die diese Frage bejaht, wurde in neuerer Zeit von Hellwig[18]) und mit ihm von Siber[19]) vertreten. Die Anhänger dieser Richtung argumentieren ungefähr folgender Weise: Der klare und nicht mißverständliche Wortlaut des § 762, Abs. 1, S. 1, B. G. B. schließt die Begründung einer Verbindlichkeit aus. Daß in Satz 2 die Rückforderung versagt und in Absatz 2 von der Erfüllung einer Spielschuld gesprochen wird, rechtfertigt nicht den Schluß, daß der in Abs. 1, S. 1, dargelegte Gedanke widerrufen werden soll, sondern nur, daß an die Stelle der Rechtsbegriffe die Begriffe der Sitte getreten sind, die für die Erfüllung solcher Schulden Gewähr leisten.

Hellwig begründet seine Ansicht auch noch mit der Tendenz des Gesetzes.

Hielte man diese Meinung für richtig, so ließe sich für die Vorschrift, daß die Rückforderung des Geleisteten

[18]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1903, S. 197 ff., ders., Anspruch und Klagrecht, S. 13, Anm. 22.

[19]) Siber, Compensation und Aufrechnung, S. 90, ders., Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 55 ff.

ausgeschlossen ist, kein anderer Grund ausfindig machen, als der, daß das Spiel gemäß § 138 B. G. B. gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nichtig sei, daß dann ferner nach § 817 der Mitspielende, weil er sich an einem solchen Spiele beteiligt habe, das, was er auf Grund dieses Spielvertrages geleistet habe, nicht zurückfordern könne. Man müßte also davon ausgehen, daß das Gesetz dem Spiele feindlich gegenüberstehe.

Eine solche Tendenz läßt sich aber weder aus der Vorgeschichte des B. G. B., noch aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst entnehmen.

Die Motive[20]) betonen, daß der Spielvertrag nicht deshalb schlechthin für nichtig erklärt werden könne, weil er gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoße; er sei vielmehr, soweit nicht bestimmte Umstände hinzutreten, im gewissen Grade rechtsverbindlich, soweit ihn das Gesetz nicht besonders reprobiere.

Die Gründe, die für eine solche Mißbilligung geltend gemacht wurden, erstrecken sich nach zwei Richtungen:

Einmal artet das Spiel, wie Dernburg[21]) ausführt, leicht zum sozialen Krebsschaden aus, untergräbt in weiten Kreisen Lust und Liebe zur Arbeit und nimmt schließlich die Fähigkeit zu ernstlicher, der menschlichen Gesellschaft nützlicher Tätigkeit. Diese Ansicht wurde auch bei den Beratungen des B. G. B. in der Kommission für die zweite Lesung[22]) zum Ausdruck gebracht, in der darauf hingewiesen wurde, daß das Gesetz dem Spiel wegen der damit möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren nicht durch Gewährung gerichtlicher Hilfe zur Erzwingung der von den Spielern gegeneinander eingegangenen Verbindlichkeit förderlich sein dürfe. Neben dem Gedanken der wirtschaftlichen Schädlichkeit beeinflußte aber auch noch der Umstand die Regelung des

[20]) a. a. O. II, S. 644.

[21]) a. a. O., § 211 I.

[22]) Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des B. G. B., S. 796 f.

Spielvertrags, daß dieser nicht sowohl dem Gebiete des Rechts als dem der Sitte und der Geselligkeit angehört.

Davon geht Ihering[23]) aus, wenn er sagt: „Für den Verkehr haben diese Verträge gar kein Interesse, das gesellige Leben gehört nicht vor das Gericht; wer spielt und wettet, möge sehen, mit wem er es tut. Der einzige Grund, der sich für ihre Klagbarkeit anführen ließe, wäre das Dogma von der abstrakt verbindenden Kraft der Verträge — damit könnte man aber auch eine Klage auf den ersten Walzer begründen."

Dies waren die Gründe, die verhinderten, daß man dem Spielvertrag eine den anderen Rechtsgeschäften völlig gleichgeordnete Stellung gab, nicht aber geht das Gesetz so weit, in dem Spiel von vornherein eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung zu erblicken.

Nimmt hiernach das B. G. B. dem Spielvertrag gegenüber auch keine feindliche Stellung ein, wie Dernburg meint, so zeigt es auch kein besonderes Wohlwollen, sondern nur eine vollkommene Neutralität.

Es kümmert sich nicht um die etwa entstandenen Streitigkeiten, sondern wahrt nur den augenblicklichen Besitzstand der Parteien. Das Bestehen von rechtlichen Beziehungen zwischen den Spielenden aber leugnet es nicht. Dafür spricht auch die Entstehung des § 762. Im ersten Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich hieß es im § 664: „Durch Spiel und Wette wird ein Schuldverhältnis zwischen den Vertragsteilen nicht begründet." Dieser Satz wurde schon vom zweiten Entwurf an (§ 704) durch die jetzige Fassung ersetzt.

Man wollte es also vermeiden, den Spielvertrag als nichtig zu bezeichnen, wie dies der Fall gewesen wäre, wenn ein Schuldverhältnis nicht bestanden hätte, zumal man ja im nächsten Satz die Rückforderung des auf Grund des Spielvertrags Geleisteten ausschloß und somit demjenigen, der trotz des angeblichen Nichtbestehens des

[23]) Ihering, Geist des römischen Rechts, Leipzig 1884, Bd. III, S. 331, Note 452.

Schuldverhältnisses eine Leistung gemacht hatte, die condictio indebiti nach § 812 B. G. B. nahm.

Eben daraus aber, daß eine Klage aus § 812 B. G. B. ausgeschlossen ist, läßt sich mit Klingmüller [24]) ein Beweis für das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses, einer Verbindlichkeit beim Spielvertrag entnehmen; denn damit ist ausgedrückt, daß es nicht an der erforderlichen rechtlichen Unterlage in den relativen Beziehungen der beteiligten Person fehlt. Es muß ja eine causa für die Leistung vorhanden sein. Da nach der allgemeinen übereinstimmenden Meinung der Verlierende, der seinen Verlust bezahlt, an den Gewinner keine Schenkung macht, so muß die causa des Rechtsgeschäfts die Befreiung von einer Verbindlichkeit sein, eben von der Verbindlichkeit, die zwischen den Spielenden bestand.

Diese Verbindlichkeit hat nun allerdings nicht den Charakter, der im sonstigen Rechtsleben angetroffen wird.

Das hauptsächliche Kennzeichen einer solchen ist, daß aus ihr ein Anspruch hervorgeht, d. h. das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können. Dieses Recht, das im Falle der Weigerung mit Hilfe der staatlichen Organe durchgesetzt werden kann, ist durch S. 1 des § 762 B. G. B. dem Spielvertrag genommen. Die weitere gewöhnliche Folge einer Verbindlichkeit aber, daß nämlich das zur Erfüllung Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden kann, ist durch S. 2, Abs. 1, § 762, gewahrt geblieben.

Auch hieraus läßt sich der Schluß ziehen, daß das B. G. B. mit dem mehrfach genannten Satz ausdrücken wollte, daß lediglich keine klagbare Verbindlichkeit entstanden sei.

Verbindlichkeiten, denen der Rechtszwang in Bezug auf die Erfüllung fehlt, denen aber das Gesetz den Schutz des Geleisteten gewährt, wurden im Anschlusse an das

---

[24]) Klingmüller, die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, Berlin 1905, S. 225 ff.

römische Recht unter der Herrschaft des gemeinen Rechts den Naturalobligationen zugezählt.

Das B. G. B. kennt nun ebenfalls, wie oben dargelegt, Verbindlichkeiten, bei denen das Gesetz den öffentlichen Rechtsschutz weder zur Herbeiführung des von den Beteiligten gewünschten Erfolges, noch zur Wiederaufhebung der einmal geschaffenen und freiwillig vollzogenen Rechtslage gewährt, also Rechtsverhältnisse, die in der Hauptsache dieselben Verbindlichkeiten nach sich ziehen, wie die römische naturalis obligatio.[25]) Es wurde deshalb der Name „natürliche Verbindlichkeiten" auch von einer Reihe von Schriftstellern für ähnliche Rechtsverhältnisse des neuen Rechts verwandt, obwohl die natürliche Obligation des römischen und gemeinen Rechts eine weitergehende Wirkung hatte.[26])

Das B. G. B. selbst vermeidet es, den Ausdruck zu gebrauchen und im Anschluß daran suchen auch Andere eine besondere Benennung für diese Rechtsgeschäfte; so sprechen Dernburg[27]), Crome[28]) von unvollkommenen Verbindlichkeiten, wie dies die Motive[29]) selbst tun, andere wiederum von klaglosen Verbindlichkeiten.

Da im Grunde aber durch den eingewurzelten Begriff „natürliche Verbindlichkeiten" am deutlichsten auf die Art der Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte hingewiesen wird, so dürfte wohl die Fortführung dieser Bezeichnung am Platze sein.

§ 3.

Die Versagung des Erfüllungszwanges im einzelnen.

Durch § 763, Abs. 1, S. 1 wird dem Spielvertrag jegliche Art von Erfüllungszwang versagt.

---

[25]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1902, Bd. I, S. 585, Anm. 9.

[26]) Planck, a. a. O., Vorb. zu § 762, Oertmann, allg. öst. Gerichtszeitung, S. 5, zweifelnd in Recht der Schuldverhältnisse, Vorb. 5 zu § 241; Staud, a. a. O., Vorb. I 6 zu § 241; Mahler, a. a. O., S. 32, cf. auch Allendorf, die natürl. Verbindlichkeiten, Rost. Diss. 1904, S. 15.

[27]) a. a. O., Bd. II, § 3, S. 9.

[28]) Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 149.

[29]) Mot. II, S. 8.

Diese Vorschrift ist, wie der gesamte Inhalt des 7. Titels des B. G. B., zwingenden Rechts. Ein Richter, dem eine Klage auf Erfüllung oder Rückforderung aus einem Spiele zur Entscheidung vorgelegt wird, hat von Amtswegen die Klage abzuweisen, ohne daß es einer Einrede von Seiten der beklagten Partei bedarf, ja selbst wenn die beklagte Partei die Einrede des Spiels gar nicht vorbringen, sondern aus anderen Gründen die Klage abgewiesen wissen will, hat das Gericht, das die Entstehung der Forderung erfahren hat, die Wirkung des § 762 zu berücksichtigen. Die Folge ist, daß auch im Versäumnisverfahren die Klage des allein auftretenden Gewinners, der Bezahlung seiner Spielforderung verlangt, abgewiesen werden muß. Wenn natürlich von vornherein nicht ersichtlich ist, daß es sich um Spiel und Wette handelt, hat der Beklagte, der diese Tatsache behauptet, sie auch zu beweisen.[30])

Jede Art von Durchsetzbarkeit ist dem Spielvertrage genommen. Es kann also weder die Zahlung direkt verlangt, noch hieran durch den Abschluß anderer Rechtsgeschäfte etwas geändert werden, die zur Umgehung dieser Vorschrift dienen sollen; insbesondere ist es unmöglich, dadurch die Erzwingbarkeit herbeizuführen, daß der Gewinnende sich vom Verlierenden eine Sicherheit für die Bezahlung geben läßt. So fehlt einer Pfandbestellung zu Gunsten des Gewinners die verpflichtende Kraft; denn die Bestellung eines Faustpfandes setzt eine gültige, vollkommene Verbindlichkeit des Hauptschuldners voraus. Das folgt schon aus der accessorischen Natur des Pfandrechts gem. § 1204 B. G. B.: „zur Sicherung einer Forderung".[31]) Eine Forderung besteht aber bei einer Spielschuld nicht. Ist die Sicherstellung der Spielforderung durch Eintragung einer Hypothek im Grundbuch erfolgt, so steht die Hypothek nicht dem eingetragenen Gläubiger,

---

[30]) Ebenso Staudinger, a. a. O., § 762 III; Planck, a. a. O., § 762 I b; Dernburg, bürgerliches Recht, Bd. II/I, § 3 III, S. 12.

[31]) Staudinger, a. a. O., § 762 III I a, Planck, § 762 a I, u. a.

sondern dem Eigentümer selbst zu (§ 1163, Abs. 1, S. 1, B. G. B.), da die Forderung, zu deren Gunsten die Eintragung geschehen ist, rechtlich nicht zur Entstehung gelangt ist. Der Eigentümer hat gegen den eingetragenen Gläubiger einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches.

Auch die Bürgschaft[32]) für eine Spielschuld gibt kein Recht auf Erfüllung. Die Bürgschaft setzt gem. § 765 B. G. B. eine Verbindlichkeit voraus und zwar eine klagbare Verbindlichkeit. Durch das Spiel wird jedoch eine solche nicht begründet. Wenn freilich der Bürge zahlt, ja sogar wenn er zahlt, ohne zu wissen, daß er seine Verpflichtung für eine Spielschuld übernommen, dann ist auch für ihn eine Rückforderung ausgeschlossen; denn er hat eine Schuld bezahlt, die zwar gegen ihn ebensowenig wie gegen den Hauptschuldner geltend gemacht werden konnte, bei der jedoch eine Rückforderung des zu ihrer Tilgung Geleisteten nicht möglich war. Die Leistung des Bürgen geschieht aber gerade zur Befriedigung des Gläubigers.

In einem Spielvertrag kann auch ein Zurückbehaltungsrecht[33]) keine Begründung finden. Es muß davon ausgegangen werden, daß der Zweck des Zurückbehaltungsrechts, nämlich Erzwingung einer Leistung, mit der Versagung des Erfüllungszwangs beim Spielvertrag im schärfsten Widerspruch steht. Im übrigen ist auch noch darauf zu verweisen, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. eine fällige und klagbare Forderung voraussetzt. Beides trifft beim Spielvertrag nicht zu.

Eine Klage auf Erfüllung wird auch nicht dadurch ermöglicht, daß die Spielforderung des Gewinners von diesem an einen Dritten abgetreten wird. Durch eine Cession wird die rechtliche Struktur einer Forderung nicht berührt, auch werden die Einwendungen, die gegen

[32]) Staudinger, a. a. O., Planck, a. a. O., Mahler, a. a. O., S. 32.

[33]) Dernburg, a. a. O., Bd. II/I, § 57 III 2 und Anm. 7, Staud, § 273 I I d, Oertmann, § 273, 2 a β, Loew, die Wette, Marburg. Diss. 1907, S. 41.

sie bestehen, nicht beseitigt, insbesondere ist die Spielforderung beim Cessionar ebensowenig klagbar wie beim Cedenten. Der Abtretung selbst allerdings steht ein Hindernis nicht entgegen.[34]) In Uebereinstimmung mit Staudinger[35]) erklärt Planck[36]) die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung einer Spielschuld für unwirksam, gestützt auf § 344 B. G. B., wonach, wenn das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam erklärt, auch das Versprechen einer Privatstrafe unwirksam ist, selbst wenn die Beteiligten diesen Umstand gekannt haben. Dem hält Dernburg[37]) m. E. mit Recht entgegen, daß es sich bei der Spielschuld gar nicht um eine rechtlich unwirksame Verpflichtung handelt, sondern nur um eine nicht klagbare Verbindlichkeit. Daß aber das B. G. B. einen Unterschied zwischen unwirksamer und klagloser Verbindlichkeit macht, folgert Dernburg zutreffend aus der Entstehungsgeschichte des § 1297, dessen Fassung im ersten Entwurf das Verlöbnis für unwirksam erklärte und infolgedessen keine besondere Bestimmung über die Privatstrafe hatte, während es nach der jetzigen Fassung nur mehr klaglos ist, weshalb in Abs. 3 die Aufnahme einer besonderen Bestimmung über den Ausschluß einer Privatstrafe nötig wurde. Daraus, daß das Versprechen einer Privatstrafe für den Fall der Nichtzahlung der Spielschuld nicht unwirksam ist, folgt aber noch nicht, wie Mahler[38]) anzunehmen scheint, daß damit der Spielschuld zu einer indirekten Erzwingbarkeit auf dem Umwege über die Vertragsstrafe verholfen wird.

---

[34]) So auch Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 198, S. 324, Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1900, § 100, S. 402, Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 361, Mahler, S. 36, zweifelhaft Oertmann, allg. öst. Gerichtszeitung, S. 6, Anm. 20a; gegen die Möglichkeit einer Cession: Busse die unvollkommenen Schuldverhältnisse im heutigen Recht, Erlangen. Diss. 1906, § 32.

[35]) a. a. O., § 762 Id.

[36]) a. a. O., § 762 3c.

[37]) a. a. O., Bd. II I, § 101 II.

[38]) a. a. O., S. 21.

Es ist eben der § 344 B. G. B., der von dem Fall der Unwirksamkeit sowohl des Versprechens als der Vertragsstrafe spricht, analog dahin anzuwenden, daß man einer Vertragsstrafe, die für eine unvollkommene Verbindlichkeit versprochen worden ist, ebenfalls den Erfüllungszwang versagt. Wird aber in diesen Fällen die Vertragsstrafe der ihr zu Grunde liegenden Verbindlichkeit gleich behandelt, so muß der Schluß gezogen werden, daß diese gleiche Behandlung in allen Beziehungen Platz greift und auch eine Rückforderung des auf Grund der Privatstrafe Geleisteten ebenso ausgeschlossen ist, wie bei der Spielschuld selbst.[39])

Eine Leistung kann auch nach wohl unwidersprochener Anschauung nicht dadurch erzwungen werden, daß der Gewinnende seine Spielforderung durch eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Verlierenden zu realisieren sucht.

§ 4.

Ausschluß der Rückforderung im einzelnen.

Versagt demnach einerseits das Gesetz seine Beihilfe zur Durchsetzung der Erfüllung, so gibt es auch wiederum, wie oben angeführt, kein Mittel an die Hand, um die einmal erfolgte Bewirkung der Leistung wieder rückgängig zu machen. Es bestimmt vielmehr in § 762 Abs. 1 Satz 2: „Das auf Grund des Spieles und der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine

[39]) Wie hier auch Matthias, a. a. O., Bd. I, S. 365 („ist die Hauptschuld natürliche Schuld, so äußert auch das Strafversprechen nur die beschränkten Wirkungen"), ebenso Oertmann, § 344 4; in sich widersprechend die Mot. II, S. 279, die zuerst, wie hier, je nach Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit der Grundrechtsgeschäfte auch die Vertragsstrafe für unwirksam oder anfechtbar halten, später aber das Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichterfüllung einer Spielschuld für ungültig erklären gegen die Gültigkeit einer Vertragsstrafe. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1903, § 92 II Ia 2.

Verbindlichkeit nicht bestanden hatte.“ Hiemit wahrt das B. G. B. seinen Standpunkt, nicht zu Gunsten oder Ungunsten einer der Vertragsparteien einzugreifen. Das Recht will, wie Cosack[40]) sagt, mit dem Spiel nichts zu tun haben. Das B. G. B. schließt die Rückforderung aber nur insoweit aus, als sie verlangt wird, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Auch derjenige, der die Spielschuld begleicht, ohne zu wissen, daß sie als Spielschuld nicht erzwingbar ist, kann die condictio indebiti nicht anstellen, denn er hat ja durch seine Leistung eine Verbindlichkeit gedeckt, die, wenn auch nur unvollkommener Natur, doch immerhin die Möglichkeit der rechtswirksamen Erfüllung hatte. Dies betonen die Motive[41]) hauptsächlich für den Fall, daß ein Erbe die Spielschuld des Erblassers bezahlt. Die Auffassung Hachenburgs[42]), daß in diesem Falle die Rückforderung gestattet sei, weil nicht auf Grund des Spiels geleistet wurde, ist deshalb nicht richtig, weil den Grund der Leistung ja der Spielvertrag bildet, wenn auch der Leistende nichts davon weiß.

Zulässig ist dagegen die Rückforderung aus allen anderen Rechtsgründen. Ein Geschäftsunfähiger kann ebensowenig wie ein anderes Rechtsgeschäft einen Spielvertrag abschließen. Spielt er aber trotzdem, so ist sein gesetzlicher Vertreter wegen der Nichtigkeit des Spiels zur Anstellung der Bereicherungsklage berechtigt. Das Gleiche gilt für den Vertreter eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, solange er den Spielvertrag nicht genehmigt hat. Auch wenn ein Spielvertrag wegen Irrtums oder Betrugs angefochten worden ist, kann der Anfechtende seine Leistung zurückverlangen; insbesondere ist dies aber der Fall bei den Spielen, die nach §§ 134, 138 B. G. B. der Nichtigkeit verfallen sind.

---

[40]) a. a. O., § 156 II I.

[41]) Mot. II, S. 644, ebenso Staudinger, § 762 III 2a.

[42]) Hachenburg, das B. G. B. für das Deutsche Reich, Vorträge, Mannheim 1900, S. 55.

Hier muß kurz die Frage gestreift werden, ob die Strafbestimmung der §§ 284, 285 und 360 Z. 14 St. G. B., das Spiel, das gegen sie verstößt, zu einem verbotenen, und demgemäß nach § 134 B. G. B. nichtigen machen.

Die herrschende Meinung[43]) nimmt mit Recht für § 285 und § 360 Z. 14 an, daß es sich hier nur um Bestimmungen polizeilicher Natur handelt, die die privatrechtliche Gültigkeit des Spiels nicht berühren. Anders lautet aber ihr Urteil bezüglich des § 284 B. G. B., der das gewerbsmäßige Glückspiel verbietet. Dieses soll auf Grund des § 134, weil gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nichtig sein. Hier erscheint der Einwand Sibers[44]), daß durch § 284 l. c. nicht das einzelne Spiel, sondern das fortgesetzte Spielen verboten ist, daß infolgedessen das einzelne Spiel gar nicht nichtig ist, der Berechtigung nicht zu entbehren. Sonst könnte, wie das gutgewählte Beispiel Sibers zeigt, der gewerbsmäßige Glückspieler, der verloren hat, mit Berufung auf die Nichtigkeit des ganzen Spiels, seine Leistung zurückfordern. Die Rückforderung wäre ja nur gemäß § 817, 2 B. G. B. ausgeschlossen, wenn der Leistende gleichfalls, d. h. ebenso wie der Empfangende, gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde. Dies trifft bei dem Gegner eines gewerbsmäßigen Spielers gewöhnlich nicht zu. Es ist daher mit Siber davon auszugehen, daß es im heutigen Recht keine verbotenen Spiele gibt und deshalb eine Rückforderung einer Leistung aus diesem Grunde unmöglich ist.

Es frägt sich nun, wann überhaupt eine Leistung vorliegt.

Als Leistung im Sinne des § 762 B. G. B. ist jede Vermögenszuwendung zu erachten, die nach der Definition Oertmanns[45]) dem Gewinner den materiellen Effekt der Leistung unmittelbar in die Hand gibt. Diese Voraus-

---

[43]) Staudinger, § 762 IV, Oertmann, Vorb. 1 zu § 762, Allendorf a. a. O., S. 42.

[44]) Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 56 f.

[45]) Oertmann, a. a. O., § 518 3 a.

setzung erfüllt neben der Uebergabe auch die brevi manu tradito, während sie für das constitutum possessorium entgegen der Meinung der herrschenden Lehre aus später zu besprechenden Gründen nicht gegeben erscheint. Auch die Wirksamkeit des Erlasses oder Verzichtes, den der Verlierer ausspricht, kann nicht bezweifelt werden. Ebenso gilt eine Hingabe an Erfüllungsstatt als Zahlung, aber nur wenn sie den Bedingungen des Abs. 2 des § 762 B. G. B. entspricht.

Es wären nämlich die Bestimmungen des Abs. 1 sehr leicht dadurch zu umgehen, daß sich der Gewinnende von seinem Spielgegner über den Betrag seiner Forderung ein Anerkenntnis ausstellen ließe oder eine ähnliche Vereinbarung mit ihm träfe. Dann wäre die Schuld von ihrer causa, dem Spiele, losgelöst. Das Schuldanerkenntnis hätte als Leistung zu gelten und könnte, ohne dem Spieleinwand zu begegnen, eingeklagt werden.

Um dieser Umgehung, die den Wert des § 762, Abs. 1 gleich null gemacht hätte, den Weg abzuschneiden, hat das Gesetz dem Absatz 1 folgenden Absatz 2 beigegeben[46]):

„Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere ein Schuldanerkenntnis."

Die Absicht des Gesetzes geht dahin, erst dann, wenn auf Grund einer solchen Vereinbarung eine Leistung gemacht worden ist, die restlos die Verpflichtungen aus dieser tilgt, die Erfüllung als gegeben zu erachten und somit eine Rückforderung auszuschließen.

Bis zu diesem Zeitpunkt aber steht die neue Vereinbarung völlig der Spielschuld gleich.

Von einigen[47]) wurde nun die Ansicht vertreten, der Absatz 2 könne nur die Anfechtbarkeit der neuen Ver-

[46]) In der Fassung des I. Entwurfs zum B. G. B. wurde nur die Schuldanerkenntnis und das Schuldversprechen dem Spiele gleichgestellt.

[47]) Collatz in Iherings Jahrb., Bd. 40, S. 145.

bindlichkeit herbeiführen. Dem gegenüber muß mit Oertmann und der herrschenden Lehre daran festgehalten werden, daß der Gewinner, der mit einer Klage auf Bezahlung seiner Spielforderung nicht durchdringen kann, ebensowenig sein Ziel erreicht, wenn er aus einer Verbindlichkeit klagt, die er zur Umgehung dieser Vorschrift eingegangen ist, wenn nur der Richter die Natur der zu Grunde liegenden Forderung einmal festgestellt hat.[48])

Andererseits darf man aber auch nicht so weit gehen wie Mengel[49]), und diese Rechtsgeschäfte, durch die dem Gewinner die leichtere Verfolgbarkeit verschafft werden soll, als nichtig bezeichnen. Nichtig sind sie ebensowenig, wie lediglich anfechtbar. Sie sind, wie sich aus dem Wortlaut des Absatz 2 klar ergibt, „unklagbar" wie die Spielschuld.

Aus den hier dargelegten Grundsätzen ergibt sich auch, warum eine Hingabe an Erfüllungsstatt nicht immer der Erfüllung gleichsteht. Angenommen, der Verlierer gibt seinem Besieger eine Hypothek auf dem Anwesen eines Dritten als Zahlung, so ist damit seine Schuld getilgt; tritt er aber seine eigene Eigentümergrundschuld ab, so bleibt aus seiner Erfüllung die neue Verpflichtung übrig, die in eine Hypothek umgewandelte Grundschuld zu tilgen. In diesem Bestehenbleiben einer Restverpflichtung dürfte auch der Grund für die oben erwähnte Unklagbarkeit des constitutum possessorium zu suchen sein. Durch dieses Rechtsgeschäft verpflichtet sich jemand, einen von ihm bis jetzt als Eigentümer innegehabten Gegenstand als Verwahrer des anderen oder in einem ähnlichen Rechtsverhältnis zu besitzen. Es bleibt somit immer noch der Anspruch auf Uebergabe der Sache als Rest zurück. Wenn nun der Verlierer ein solches constitutum possessorium mit dem Gewinner abschließt, wonach er einen ihm gehörigen Gegenstand (die Willenseinigung den Eigentumsübergang betr. vorausgesetzt), als dem Anderen gehörig

[48]) Oertmann, a. a. O., § 162 3.
[49]) Mengel, a. a. O., S. 66.

unter Abschluß eines Leihvertrags besitzen soll, dann kann meines Erachtens der Gewinner trotz alledem nicht aus dem Leihvertrag auf Auslieferung des Gegenstandes klagen, wenn der Andere den Spieleinwand vorbringt und beweist, weil eben dieser Anspruch auf Herausgabe die Folge einer Vereinbarung des constitutum possessorium ist, die zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen wurde. Im Gegensatz hierzu wird allerdings ohne nähere Begründung allgemein[50]) das constitutum der Erfüllung gleichgestellt.

Die Unklagbarkeit eines Schuldanerkenntnisses steht durch die Vorschrift des Gesetzes ausdrücklich fest. Kein Zweifel besteht auch über die Unklagbarkeit eines abstrakten Schuldversprechens. Ebenso kann die Bezahlung einer nach § 607, Abs. 2 B. G. B. in eine Darlehensforderung umgewandelten Spielschuld nicht erzwungen werden.[51]) Wenn über den nun Darlehen betitelten Anspruch ein Schuldschein ausgestellt ist, so kann er nach § 812 zurückverlangt werden, denn nur die Rückforderung desjenigen ist ausgeschlossen, was als endgültige Leistung zu betrachten ist. Aus diesem Grunde kann der Verlustträger, der eine neue Verbindlichkeit gegenüber dem Gewinner an Stelle der alten eingegangen ist, die Befreiung von derselben verlangen.

Dieser Satz gilt aber nach dem § 762, Abs. 2 nur, wenn die Verbindlichkeit gegenüber dem gewinnenden Teil eingegangen wird. Hat also der Verlierende mit seinem Gegner einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen, so frägt es sich, ob der Dritte ein selbstständiges Recht auf Erfüllung haben soll oder nicht. Ist letzteres der Fall, so kann der Gewinner die Leistung nicht verlangen (nach § 762, Abs. 2), dagegen kann dem Dritten, der ein selbständiges Recht erworben hat, der Einwand, die Forderung rühre aus einem Spielvertrage her, nicht entgegengehalten werden.[52]) Zugegeben muß

[50]) Oertmann, § 18 3b, Gompertz, S. 43.
[51]) Planck, § 762 8a, Mahler, a. a. O., S. 64.
[52]) Staudinger, § 762 V 5, Planck, Anm. 3 zu § 762.

werden, daß in manchen Fällen dieser Umstand eine Umgehung des § 762 ermöglichen kann. Diese Erwägung führte auch in der zweiten Kommission zu dem Antrag, den gewinnenden Teil in einem solchen Falle zu verpflichten, den Schuldner von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien und ihm den an den Dritten gezahlten Betrag zurückzuerstatten; aber dieser Antrag wurde von der Mehrheit in der richtigen Auffassung abgelehnt, daß der Ausschluß der Rückforderung nach § 762, Abs. 1, S. 1 auch dann zur Anwendung kommen müsse, wenn der Verlierer sich verpflichte, für die Rechnung des Gewinners Zahlung zu leisten. Von den eben dargelegten Regeln wird auch der Einfluß des Spiels auf den Schuldübernahmevertrag für den Fall beherrscht, daß der Verlierer die Schuld des Gewinners einem Dritten gegenüber übernimmt.

Dagegen wird nichts an der Unklagbarkeit der Spielforderung geändert, wenn ein Dritter dem Gewinner gegenüber die Schuld des Verlierers übernimmt. Die auf Grund der Uebernahme gemachte Leistung kann aber auch nicht zurückgefordert werden. Der Grund hievon ist, daß in dem Bestand der Forderung durch die Uebernahme nichts geändert wird. Es stehen ihr dieselben Einreden gegenüber, wie früher (gemäß § 417 B. G. B.), also auch der Spieleinwand.

Der Satz, daß eine Leistung nur dann eine völlige Tilgung der Spielschuld herbeiführt, wenn keine restliche Verpflichtung mehr bleibt, bildet auch den Gesichtspunkt, von dem aus die Wirksamkeit eines für eine Spielschuld gegebenen Wechsels[53]) zu betrachten ist. Dabei sind mehrere Fälle zu unterscheiden. Gibt der Verlierer dem Gewinner einen Wechsel, dessen legitimierter Inhaber er infolge Blankotradition ist, an Erfüllungsstatt durch eben-

[53]) Wie hier Staub., H. G. B., Anm. 22 ff, 72 zu Exkus zum § 376, Staudinger a. a. O., § 762 III 2b β und V 2, Planck, § 762 7 c, Oertmann, § 792 4a, Nissen, Regulierung, sog. erlaubte Spielschulden durch Wechsel, J. W. 01, S. 884, Menke, a. a. O., S. 56.

solche Blankotradition weiter, so ist er selbst aus dem Wechsel nicht mehr verpflichtet und nicht mehr berechtigt. Die Leistung hat daher den Charakter einer restlosen Erfüllung und ist voll wirksam. Verpflichtet sich jedoch der Spielschuldner selbst durch Uebernahme einer Wechselverbindlichkeit, indem er entweder den Wechsel auf sich ziehen läßt und ihn acceptiert, oder indem er als Aussteller oder Indossant eine Haftung übernimmt, so ist im Verhältnis zwischen Verlierer und Gewinner gemäß § 762, Abs. 2 eine klagbare Verbindlichkeit nicht entstanden, weil der Verlierer zur Tilgung seiner letzten Schuld nur eine neue Verbindlichkeit eingegangen ist, auf die die Vorschrift über die Unklagbarkeit der Spielschuld Anwendung findet. Wird aber auf Grund des Wechsels an den Gewinner bezahlt, so ist eine endgültige Erfüllung der Forderung eingetreten. Bis zur Zahlung aber ist der Verlierer sogar berechtigt, auf Grund des § 812 den Wechsel von dem Nehmer zurückzuverlangen; denn die Hingabe des Wechsels allein ist noch nicht als Leistung zu erachten, die nicht zurückgefordert werden kann.

Wie ist es aber, wenn der Nehmer des Wechsels diesen weiter begeben hat? Hier kommt es darauf an, ob die Begebung zu einer Zeit erfolgte zu der der Geber des Wechsels noch nicht zu erkennen gegeben hatte, daß er den Wechsel nicht einlösen wolle. War dies geschehen und wußte der neue Nehmer des Wechsels davon, so hat dieser infolgedessen auch keinen Anspruch auf Zahlung von Seiten des Verlierers; es steht dem Wechsel die Einrede aus a 82 W. O. entgegen; wußte er es nicht, so kann er wohl Zahlung verlangen, aber der Verlierer hat wenigstens gegen denjenigen, der den Wechsel weitergegeben hat, einen Anspruch aus unerlaubter Handlung nach § 826 auf Ersatz seines Schadens, der darin besteht, daß er zur Einlösung des Wechsels gezwungen ist. Hat der Nehmer des Wechsels denselben aber weiterbegeben und war der Geber damit einverstanden, so ist damit infolge der Eigenart des Wechselrechts ein Widerspruch nicht mehr möglich

und zugleich das Einverständnis des Spielschuldners als gegeben vorauszusetzen, daß der Wechselnehmer die für den Wechsel erhaltene Valuta zur Tilgung seiner Spielschuld verwende. Im Verhältnis zum Gewinner aber bleibt dem Verlierer immer die Einrede, daß der Wechsel für die Spielschuld gegeben sei.

Analog angewendet gelten diese Regeln für den Fall, daß der Verlierer einen Chek an den Gewinner als Aussteller begibt oder durch Indosament überträgt.

Streit herrscht über die Frage, ob eine Leistung, deren Rückforderung ausgeschlossen ist, dann als gegeben erachtet werden kann, wenn der Betrag zu Gunsten des Gewinners hinterlegt ist. Hier weist Oertmann[54]) auf den Unterschied zwischen Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme und solcher ohne Verzichtserklärung hin. Im letzteren Falle wird im Anschluß an ihn allgemein angenommen, daß eine endgültige Leistung nicht vorliegt, denn der Hinterlegende kann durch Ausübung seines Rücknahmerechts jeder Zeit die Leistung wieder an sich bringen, sodaß der Anspruch des Gewinners auf Auszahlung illusorisch wird. Kommt freilich zur Hinterlegung noch die Abhebung hinzu, dann ist die Leistung selbstverständlich voll wirksam.

Anders bei der Hinterlegung unter Verzicht auf das Rücknahmerecht. Hier ist zu unterscheiden, ob die Hinterlegung vor oder nach Beendigung des Spiels erfolgte. Wird von dem Verlierer zum Zwecke der Erfüllung der Spielschuld hinterlegt, so ist mit Oertmann[55]) und der herrschenden Lehre anzunehmen, daß, weil die Abhebung durch den Gewinner nur mehr von dessen Willen abhängig ist, der Hinterleger kraft der Fiktion des § 378 B. G. B., einem Leistenden gleichzuachten ist.

Wird dagegen die Hinterlegung, wenn auch mit Verzicht auf die Rücknahme, so doch vor Beginn des Spieles erklärt, so tritt der entgegengesetzte Fall ein. Zwar hält

---

[54]) Oertmann, § 762 I c.

[55]) a. a. O. § 761 1 c.

Oertmann zu Gunsten des gewinnenden Teils auch hier an der oben dargelegten Meinung fest, doch meines Erachtens nicht immer mit Recht. Sobald die Entscheidung gefallen ist, ist ihm bezüglich des Ausschlusses der Rückforderungsmöglichkeit beizustimmen. So lange aber das Spiel nicht beendet ist und somit die Bedingung, an die die Auszahlung des hinterlegten Betrags geknüpft wurde, nicht eingetreten ist, gilt die Leistung zwar als erfolgt, aber sie kann aus denselben Gründen zurückgefordert werden, die überhaupt die Rückforderung einer unter einer aufschiebenden Bedingung gemachten Leistung bis zum Eintritt derselben gestatten. Häufig kommt es dabei vor, daß vor Beginn des Spieles an den Gegner eine Leistung gemacht wird, die ihm überhaupt nur dann gehören soll, wenn er Sieger bleibt. In diesem Falle ist wohl meist eine Leistung unter der aufschiebenden Bedingung des Gewinnes zu erblicken. Bei Eintritt der Bedingung ist die Leistung als auf Grund des Spielvertrags geschehen anzusehen und kann nicht mehr zurückgefordert werden.[56]) Dernburg[57]) läßt die Rückforderung zu. Die Gründe, die ihn dazu führen, dürften jedoch kaum stichhaltig sein. Nach seiner Ansicht liegt in der Deckung künftiger Spielverluste eine Förderung des Spiels und diese soll dem Zweck des Gesetzes widersprechen. Deshalb kann, führt er aus, nur das nach und bei dem Spiel Geleistete nicht zurückgefordert werden. Dem gegenüber muß darauf verwiesen werden, daß, wie früher dargelegt, das Gesetz das Spiel nicht mißbilligt. Es dürfte damit auch die Hinfälligkeit des Schlusses klar sein, den Dernburg aus dem Zweck des Gesetzes zieht, zumal man auch nicht davon reden kann, daß durch die vorgängige Uebereignung des eventuellen Gewinnes das Spiel gefördert wird; eher ist wohl das Gegenteil der

[56]) Wie hier, wenn auch teils mit anderer, teils ohne Begründung, Cosack, § 156 II 2b, Planck, § 762 2a, Fischer-Henle, § 762, Anm. 4, Kowalski, die Naturalobligation, Marburg. Diss., S. 50, Gompertz, die Behandlung von Spiel und Wette, Leipzig. Diss. 1903, S. 44.

[57]) a. a. O., 212 I 3.

Fall. Andere[58]) wiederum legenden Wortlaut, „daß das auf Grund des Spieles Geleistete nicht zurückgefordert werden kann", dahin aus, daß „auf Grund des Spieles" soviel heißen soll wie „auf Grund des vollendeten Spieles". Selbst wenn man dies zugibt, kann man hieraus aber noch nicht folgern, daß die vor Beginn des Spieles geschehene Uebertragung nach Schluß des Spieles nicht auch als auf Grund des vollendeten Spieles geleistet anzusehen ist, sondern nur den Schluß ziehen, daß bis zur Vollendung des Spieles eine Rückforderung geltend gemacht werden kann, von da an aber nicht mehr.[59])

Nach der hier als richtig vertretenen Anschauung bleibt natürlich während der Schwebezeit das Rückforderungsrecht bis zum Eintritt der Bedingung gewahrt. Dies ist sogar dann der Fall, wenn der Leistende selbst eine Austragung des Spiels verhindert hat, so wenn eine Tätigkeit seinerseits zur Entscheidung notwendig ist und er sie verweigert; denn er ist ja gemäß § 762 B. G. B. überhaupt zu keiner Leistung verpflichtet. Es kann daher auch nicht als Vereitelung des Erfolges wider Treu und Glauben gemäß § 815 angesehen werden, wenn er seine Mitwirkung versagt. Er kann also die Rückforderung nach § 812 B. G. B. geltend machen. Die Motive[60]) ließen diese Frage unbeantwortet und stellten ihre Entscheidung der Rechtswissenschaft anheim. Oertmann war früher anderer Meinung und stellte der Rückforderung die Einrede der Arglist entgegen. In analoger Anwendung des § 162 Abs. 1 B. G. B., wollte er die von der Partei wider Treu und Glauben verhinderte Bedingung als eingetreten betrachten. Nunmehr hat er ebenfalls die hier vertretene Meinung als richtig anerkannt.[61])

---

[58]) Scherers Schuldverhältnis, Erlangen 1899, S. 1071, Schollmeyer, Schuldverhältnis, S. 168.

[59]) Wie hier Meyer, die Naturalobligation im B. G. B., Rostock, Diss. 1901, Anm. 29.

[60]) Mot. II, S. 645.

[61]) Der früheren Ansicht Oertmanns folgt Gompertz, a. a. O., S. 45; wie hier Planck, S. 762 I b, Mahler, a. a. O., S. 39.

§ 5.

Aufrechnung und Kontokorrent.

Im engsten Zusammenhang mit den im vorigen Paragraphen besprochenen Vorschriften steht auch die Frage nach dem Einfluß des Spiels auf den Aufrechnungsvertrag und den aus ihm entwickelten Kontokorrentvertrag.

Schon oben[62]) ist festgestellt, daß eine einseitige Aufrechnung mit der Spielforderung von Seiten des Gewinners gegenüber einer voll gültigen Forderung des Verlierers nicht wirksam ist, schon deshalb, weil nach § 390 B. G. B. eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann. Anders verhält es sich, wenn der Verlierer mit seiner Spielschuld gegen eine Schuld des Gewinners aufrechnet. In diesem Falle ist eine restlose Erfüllung gegeben, die nicht zurückgefordert werden kann. Selbstverständlich steht einer Aufrechnung, bei der sich zwei Spielschulden gegenüberstehen, kein Hindernis im Wege.

Ebenso rechtsverbindlich ist auch die vertragsmäßige Aufrechnung einer Spielschuld. In ihr ist mit Oertmann[63]) nicht eine Anerkennung der Spielschuld zu sehen — sie wäre ja durch § 762 Abs. 2 ihrer Wirksamkeit beraubt —, sondern ein Erlaß der Gegenforderung, über den zwischen den Parteien Einverständnis herrscht und der, wie oben nachgewiesen, als gültige Leistung zu erachten ist. Gleichgültig ist dabei, ob der Spielschuldner bei der Aufrechnung von der Nichterzwingbarkeit der Leistung Kenntnis hatte oder nicht. Wird der durch eine wirksame Aufrechnung getilgte Betrag noch einmal bezahlt, so kann er wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden.

Die bisher vorgetragenen Sätze in Bezug auf die Aufrechnung finden sowohl in der Rechtsprechung als in der

[62]) § 4, am Schluß.

[63]) a. a. O., § 762 4 b a.

Literatur keinen Widerspruch.[64]) Mehr strittige Punkte ergibt dagegen die Frage nach dem Einfluß des Spieles auf den Kontokorrentvertrag. Es handelt sich darum, ob, wenn Posten, die aus einem Spielvertrag oder gleichgeachteten Rechtsgeschäften herrühren, in die laufende Rechnung eingestellt sind, diese dann abgeschlossen werden kann, ohne daß die Unklagbarkeit der Posten geändert wird.

Zuvor muß jedoch auf den Kontokorrent selbst eingegangen werden. Es kann dabei natürlich nicht unsere Aufgabe sein, die verschiedenen rechtlichen Konstruktionen, die er in der Literatur gefunden hat, kritisch zu behandeln, sondern es soll nur der Standpunkt der herrschenden Lehre, der wohl der richtige ist, kurz erläutert werden.

Nach § 355 H. G. B. ist ein Kontokorrentverkehr dann gegeben, wenn jemand mit einem Kaufmann derart in Geschäftsverbindung steht, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung der für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Ueberschüsse ausgeglichen werden.

Die tatsächlichen Vorgänge bei der Abgleichung, die die Krönung der laufenden Rechnung bildet, sind in der Regel folgende: Am Schluß einer Rechnungsperiode, die nach dem Gesetz ein Jahr beträgt, durch Parteivertrag jedoch abgekürzt werden kann, werden von einem der Contrahenten die Posten unter Soll und Haben, die während der Rechnungsperiode eingestellt worden sind, zusammengezählt und der kleinere Betrag vom größeren abgezogen; die hiebei gefundene Differenz wird zur Ausgleichung auf die Seite des Subtrahenden geschrieben, sodaß sich die gleichen Summen gegenüberstehen. Diese Abrechnung wird unterschrieben dem Vertragsgegner eingesandt, der

[64]) R. G. in J. W. 1903, Beilage, S. 35, Dernburg, a. a. O., § 212 I 2, Staud., a. a. O., § 762 II a, Mengel, a. a. O., S. 62, Mahler, a. a. O., S. 35, Staub, Comm. z. H. G. B., 8./9. Aufl., Berlin 1907, Exkurs zu § 376, Anm. 13.

sie auf ihre Richtigkeit hin prüft und sie für den Fall, daß er keinen Anstand findet, bestätigt.

Dieser tatsächliche Hergang läßt schon erkennen, daß eine solche Verrechnung mehrere Rechtsgeschäfte in sich vereinigt. Die herrschende Meinung, deren hauptsächlichste Vertreter Regelsberger[65]) und Staub[66]) sind, nimmt deren drei an, einmal (abgesehen von dem durch Aufnahme in die laufende Rechnung erteilten Anerkenntnis) ein gegenseitiges Anerkenntnis der durch die Addition erhaltenen Summe der Gutmachungsposten. Dieses Doppelanerkenntnis führt eine Novation der in den Abschlußsummen ursprünglich enthaltenen Forderungen herbei[67]).

In der Subtraktion der beiden neuen selbständigen Forderungen ist weiter eine vertragsweise gegenseitige Aufrechnung zu erblicken, die, soweit sich gleiche Gegenbeträge gegenüberstehen, eine Erfüllung der Schuld herbeiführt. Hinzu kommt dann noch das Anerkenntnis des überschießenden Betrags durch den Kontokorrentschuldner[68]).

Die Wirksamkeit dieser drei Rechtsgeschäfte wird sofort beeinflußt, wenn in die laufende Rechnung nicht erzwingbare Forderungen aus Spielverträgen, Differenzgeschäften und diesen gleichstehenden Rechtsgeschäften eingestellt werden. Da das Anerkenntnis einer Spielschuld gemäß § 762, Abs. 2 B. G. B. nicht gültig ist, so fehlt auch dem Anerkenntnis der Abschlußsummen eines Kontokorrents die verbindliche Kraft; damit ist aber auch die hieran geknüpfte Schuldumwandlung ausgeschlossen. Freilich wird trotzdem eine Heilung dieser Unwirksamkeit

[65]) Regelsberger, die rechtliche Natur der Abrechnung in Iherings Jahrb. für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 46, S. 1 ff., ders., über den Einfluß der rechtl. Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung, Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 407 ff.

[66]) Staub, a. a. O., Anm. zu § 355, H. G. B.

[67]) Regelsberger in Jahrb., Bd. 49, S. 408.

[68]) Vergl. Trumpler, Differenzgeschäfte in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 50, S. 488 ff. und Backmeister, Differenzgeschäft im Kontokorrentverkehr, Göttingen, Diss. 1907, S. 22 ff.

durch die in der Feststellung des Saldos enthaltene Aufrechnung herbeigeführt; denn diese wirkt, da sie durch wenn auch stillschweigenden Vertrag erklärt wird, nach dem oben Ausgeführten gleich einer endgültigen Erfüllung. Eine nochmalige Bezahlung der durch sie getilgten Leistung würde eine ungerechtfertigte Bereicherung für den anderen Teil bedeuten. Allein in dieser Heilung kann nur dann eine vollkommene Lösung gefunden werden, wenn durch die Aufrechnung die sich einander gegenüberstehenden Posten gänzlich abgeglichen werden, oder wenn in dem Saldo Forderungen aus Spiel und dergleichen Rechtsgeschäften nicht enthalten sind. Trifft aber das letztere nicht zu, sind also auf Seite des Aktivsaldos z. B. Differenzposten eingestellt gewesen, dann stehen ihm die Einreden aus den zu Grunde liegenden Rechtsgeschäften, insbesondere der Spieleinwand noch entgegen, weil ja auch das nach der Aufrechnung erfolgte Anerkenntnis des überschießenden Betrags keine erzwingbare Schuld erzeugt.

Zweifelhaft ist nun aber die Frage, inwieweit in dem Aktivsaldo Spielschulden enthalten sein können.

Hier ist auszugehen von dem Satz Regelsbergers[69]), den er im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts unter Verwerfung seiner früheren Anschauung aufstellt. Er erachtet es für richtig, daß „die Abschlußsummenforderung die materielle Grundlage von den sämtlichen verrechneten Posten empfängt, von jeder nach Verhältnis". Diese Grundlage bleibt denn auch dem Teil der genannten Forderung erhalten, der als Saldo die Aufrechnung der beiden Konti überdauert; auch in ihm lebt sie fort. Wenn, um ein Beispiel zu gebrauchen, bei der Addition der einzelnen Posten sich eine Aktivseite von 60000 Mk. aus 40000 Mk. Spielforderung und 20000 Mk. Darlehensforderung ergibt, so ist ein etwaiger Saldo von 20000 Mk. im Verhältnis von 40000 : 20000 = 2 : 1 unklagbar, bezw. voll wirksam.

---

[69]) Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 412.

Nicht verkannt kann dabei werden, daß für den Saldogläubiger sich leicht eine Härte ergibt. Wenn nämlich auf der Aktivseite des Saldoschuldners ebenfalls Forderungen aus unklagbaren Rechtsgeschäften eingestellt waren, dann wird dieser für seinen Teil an nicht erzwingbaren Forderungen voll gedeckt, während sein Vertragsgegner seine nicht vollgültigen Forderungen nicht in ihrer ganzen Höhe geltend machen kann, weil sie zum Teil im Saldo enthalten sind. Besonders drückend wird diese Begünstigung des einen Teils auf Kosten des anderen, wenn die Höhe der Spiel- oder Differenzschulden des Saldoschuldners die des Gläubigers nicht erreicht.

Hier ein Beispiel:

A hat zu fordern:	B hat zu fordern:
40000 Mk. aus Darlehen	5000 Mk. aus Kauf
10000 Mk. aus Spiel	35000 Mk. aus Spiel
= 50000 Mk.	= 40000 Mk.

Saldo = 10000 Mk. zu Gunsten des A.

Diese 10000 Mk. gelten gleich ihrem Aufrechnungsposten selbst als im Verhältnis von 40000 : 10000 = 4 : 1 aus Darlehen und Spiel hervorgegangen. Es ist also ein ein Betrag von 8000 Mk. als Darlehensforderung zu betrachten und daher klagbar, die Leistung des Restes von 2000 Mk. ist nicht erzwingbar. In unserem Beispiel stand der Spielschuld des B in Höhe von 10000 Mk. eine Schuld des A aus dem gleichen Rechtsgrund von 35000 Mk. gegenüber. Trotzdem erhält B für seine Forderung volle Deckung, während er von seiner bedeutend geringeren Schuld, die an sich ebensowenig klagbar wäre, nur $^4/_5$ zu entrichten hat.

Dasselbe Ergebnis wie hier zeigt die vom Reichsgericht[70]) im Anschluß an Trumpler angewandte Methode, die auch von dem neuen Herausgeber des Staubschen Commentars[71]) angenommen wurde. Staub[72]) selbst be-

[70]) R. G., Bd. 56, S. 20 f., Bd. 59, S. 192 ff., Trumpler, a. a. O.
[71]) 8./9. Aufl., Anm. 18, Exkurs zu § 376, H. G. B.
[72]) Staub, 6./7. Aufl., Anm. 15 zu Exkurs zu § 376, B. G. B.

kämpfte die Theorie des Reichsgerichts mit der Begründung, daß gemäß § 139 B. G. B. die ganze Saldofeststellung hinfällig sei, weil ein Teil, die Anerkenntniserklärung, ungültig sei und nicht angenommen werden könne, daß unter diesen Umständen die Parteien die Aufrechterhaltung gewollt hätten. Dem ist mit Oertmann[73]) zu entgegnen, daß, wie oben festgestellt, in der Verrechnung verschiedene von einander getrennte Rechtsgeschäfte enthalten sind, die ihre eigenen Schicksale haben können, und daß wohl ohne allen Zweifel die Parteien auch die Aufrechnung gewollt hätten, selbst wenn sie die Ungültigkeit des Anerkenntnisses gekannt hätten. Auch andere haben versucht, die Härten der von uns dargestellten Konstruktion zu beseitigen, doch leiden alle an einer willkürlichen Behandlung des Kontokorrentvertrages, indem sie, wie z. B. Danz[74]) aus einer Verrechnung zwei getrennte Verrechnungen ausscheiden. Eine solche Willkürlichkeit aber ist stets zu vermeiden. Eher wäre de lege ferenda für das Verbot einer Einstellung von Spielforderungen in die laufende Rechnung einzutreten[75]); bis dahin aber muß an der Theorie von der verhältnismäßigen Einwirkung der Grundforderungen auf den Kontokorrentsaldo festgehalten werden.

§ 6.

Das Spieldarlehen.

Nachdem bisher dargetan wurde, welche Wirkungen das Spiel auf Rechtsgeschäfte hat, welche entweder zur Erfüllung der Spielschuld oder sonst in engster Verbindung mit dem Spielvertrag selbst vorgenommen werden, soll im folgenden zu den vielfach bestrittenen Fragen

[73]) Oertmann, a. a. O., § 762 4b am Schluß.

[74]) Danz, der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte im Bankarchiv IV, S. 146.

[75]) Backmeister a. a. O., S. 61.

Stellung genommen werden, welchen Einfluß der Spielvertrag auf Rechtsgeschäfte hat, die nur in einem loseren Zusammenhang mit ihm stehen, immerhin aber zum Zweck des Spieles geschlossen worden sind. In erster Linie kommt hier die Frage nach der Wirksamkeit des zum Spiele gegebenen Darlehens in Betracht.

Schon im gemeinen Recht war bestritten, ob ein solches Darlehen zurückgefordert werden könne. Auf der einen Seite wurde behauptet, daß der Darlehensnehmer unbedingt zur Rückgabe verpflichtet sei.

Diese Ansicht vertrat Windscheid und neben ihm hauptsächlich Emminghaus [76]), der an den von den Gegnern zur Begründung ihrer Meinung angeführten Digestenstellen, nämlich an 1. 12, § 11 D., mandati 17, 1 und 1. 2, § 1 D. quarum rerum actio non datur 44./5 nachwies, daß hier von einem allgemeinen Ausschluß der Rückforderung keine Rede sein könne.[77])

Auf der anderen Seite standen die Vertreter der für das gemeine Recht herrschenden Lehre, als deren hauptsächlichster Wortführer wohl Wilda mit seiner „Lehre vom Spiel aus dem deutschen Recht neu begründet“ gelten kann. Wilda [78]) kommt sowohl nach den Grundsätzen des römischen wie des deutschen Rechts zu dem Schluß, daß eine Rückforderung des Spieldarlehens nicht möglich ist. Ihm folgten dann die meisten Lehrer des deutschen Privatrechts.[79]) Diese stützten sich insbesondere auch darauf, daß in einem großen Teile Deutschlands schon in den alten Statuten und Ordnungen [80]) ein Verbot des Spieldarlehens gegeben oder wenigstens seine Rückforderung ausgeschlossen war.

---

[76]) Emminghaus, vom Spielanlehen, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, Bd. 7, N. F., S. 1 ff.

[77]) Auch die neue von Kipp besorgte Ausgabe der Windscheidschen Pandekten hält an diesem Standpunkt fest, cf., a. a. O., Bd. II, S. 862.

[78]) Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 2, S. 133 ff., insb. S. 190 ff.

[79]) Vergl. die Aufstellung bei Emminghaus, a. a. O., S. 4.

[80]) Wilda a. a. O., S. 191, Anm. 2.

Das erstere war der Fall in den Statuten der Stadt Frankfurt a. M.[81]) vom Jahre 1352, Kap. 63 § 2. „Auch ensül nyman dem anderen kein Geld wizzenliche lyhen zum Spele, wer es darüber lühe, der sal alse vele der Stat gebin, une wer es entneme der sal auch alse vele der Stad gebin".

Einen Ausschluß der Rückforderung enthält neben dem Bayerischen Landrecht vom Jahre 1616, Tit. XXXII, Art. II. „— so wie auch, was zum Spiele angeliehen war, nicht zurückgefordert werden soll" schon die Nürnberger Reformation vom Jahre 1479, Tit. VI 19 — „so soll kein Bürger oder Inwohner dem anderen umb einich gelihen, geporgt oder ausstendig Spilgelt noch Afterwett und desgleichen so yemand dem andern wissentlich zu dem Spil leihet — ichts schuldig — sondern sy sollen unzymlich, abgestellt seyn".

Ebenso bestimmt die Württembergische[82]) Landesordnung vom Jahre 1495:

„und in Sonderheit, was auf Borg verspihlt oder auf Spiel geliehen wird, kein Gericht daraus erkennen".

Und auch das preußische allgemeine Landrecht in Teil I, Tit. II 5, § 581:

„Gelder, die ausdrücklich zum Spiel oder Wette oder zur Bezahlung eines dabei gemachten Verlustes verlangt oder verliehen worden sind, können nicht gerichtlich eingeklagt werden."

Während so in einem großen Teil Deutschlands nach Partikularrecht ausdrücklich das Rückforderungsrecht wegen eines gewährten Spieldarlehens ausgeschlossen war und dies auch nach der herrschenden Lehre für das gemeine Recht zutraf, fehlt es im B. G. B. an einer besonderen Bestimmung für diesen Fall.

Die Motive[83]) zum ersten Entwurf äußerten Bedenken, eine allgemeine Vorschrift in dieser Richtung aufzunehmen;

[81]) ebenda, S. 168.

[82]) Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, S. 35 I, § 178 N. 23.

[83]) Mot. II, S. 646.

denn aus einer solchen konnten, wie man wohl einsah, die größten in keiner Weise zu billigenden Härten entstehen. Man war aber der Anschauung, daß in zwei Fällen, die besonders schwerwiegend erschienen, nämlich bei einem Darlehen, das einem Spieler von einem Mitspieler gegeben und von ihm wieder zurückgewonnen wurde, und ebenso für den Fall des Darlehens bei einem verbotenen Spiele mit den allgemeinen gesetzlichen Regeln auszukommen sei.

Grundsätzlich aber war damit die Rechtswirksamkeit und Rückforderung des Darlehens zugelassen.

Schon nach der Veröffentlichung des I. Entwurfs wurden Stimmen [84]) laut, die eine solche Regelung nicht für durchführbar erklärten. Die Stimmung für eine Gleichstellung des Spieldarlehens und des Spiels in Bezug auf ihre Wirksamkeit wuchs und führte schließlich in den Beratungen der Kommission der II. Lesung [85]) zu einer Reihe von Anträgen, die mehr oder minder darauf ausgingen, diesem Grundsatz Eingang in das B. G. B. zu verschaffen, die aber zum Teil weit über das zulässige Maß hinausschossen. Trotz dieser Anträge und vielleicht wegen ihrer Verschiedenheit und Zahl konnte sich die Kommission auf keinen einigen. Obwohl ausführlich darüber verhandelt wurde, hatte bei Schluß der Abstimmung keiner eine Mehrheit für sich gefunden. Daß trotz dieses Resultates die Stellung der Kommission dem Spieldarlehen gegenüber nicht günstig war, zeigt die ausdrücklich gemachte Konstatierung [86]), daß die Rechtsprechung die Befugnis haben solle, die Vorschrift des § 762 B. G. B., gegebenenfalls im Wege der Auslegung auf derartige Darlehen anzuwenden.

Eine nochmalige Anschneidung der Frage in der Reichstagskommission [87]) führte ebenfalls zu keinem Ergebnis,

[84]) Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurf eines B. G. B., Cassel 1892, § 704.

[85]) Prot. Beratungen der II. Commission, S. 794 f.

[86]) Prot. II, S. 709.

[87]) Mugdan, Materialien z. B. G. B., Berlin 1899, Bd. 2, S. 1294.

sodaß schließlich das B. G. B. ohne eine Bestimmung über das Spieldarlehen in Kraft trat.

Mangels einer solchen hat sich nunmehr seine Beurteilung nach den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte in Zusammenhang mit den Regeln über das Spiel zu richten und gibt infolgedessen auch heute noch, wie im gemeinen Recht Anlaß zu vielen Controversen.

Bei der Würdigung der Frage, welche Wirksamkeit ein zum Zweck des Spiels gegebenes Darlehen hat, ist von vornherein von dem Fall abzusehen, daß der Darlehensgeber gar nichts von der Absicht des Darlehensnehmers weiß, die aufgenommene Summe für das Spiel zu gebrauchen.

Hier finden unwidersprochen die Regeln des § 607 ff., B. G. B., über das Darlehen Anwendung.

Für die weiter folgenden Fälle muß aber, wie schon oben, immer wieder darauf hingewiesen werden, daß das Gesetz dem Spielvertrag vollständig neutral gegenüber steht; es versagt dem Gewinnenden einerseits seine Hilfe zur Erlangung des Gewinns, weist aber auch den Verlierer, der seine Schuld beglichen hat, ab, wenn er die Rückerstattung derselben verlangt. Von einer Mißbilligung des Spielvertrags durch das Gesetz ist keine Rede, noch viel weniger davon, daß es ihn für unsittlich erachtet.

Es muß dies um deswillen betont werden, weil immer wieder, auch im Hinblick auf das Spieldarlehen, der Versuch gemacht wird, den Spielvertrag als vom Gesetz mißbilligt hinzustellen und dann weiter zu argumentieren: derjenige, der einem Spieler ein Darlehen gebe, fördere dessen Treiben und leiste somit Beihilfe hiezu; eine solche Beihilfe stehe aber dem Tun gleich; denn derjenige, der einen Spieler materiell unterstütze, mache das Interesse des Spielers zu seinem eigenen. Diese Anschauung wird im Anschluß an die Protokolle hauptsächlich von Scherer [88]) verfochten, der soweit geht, denjenigen, der dem Spiele

[88]) Scherer, a. a. O., S. 1074 d.

Vorschub leistet, mit dem Gehilfen eines Brandstifters zu vergleichen.

Einer solchen Uebertreibung ist entgegenzuhalten, daß es bei der Hingabe des Darlehens ganz gleichgültig ist, zu welchem Zweck es gegeben wird, wenn es nur nicht zu einem unsittlichen oder wucherischen Zweck geschieht. Ein solcher ist bei einem Spiel gewöhnlich nicht vorhanden. Die Fälle jedoch, bei denen wirklich einmal ein wucherisches oder selbst unsittliches Spiel vorliegt, dürfen natürlich nicht herbeigezogen werden, um an ihnen, den Ausnahme-Erscheinungen, die Wirkungen des Spielvertrages nachzuweisen. Es scheint schon an und für sich, daß für einige die Ausschreitungen, die im Anschluß an das Spiel vorkommen, sowie die Möglichkeit, daß ein Spieler bei Aufnahme von Darlehen zum Zwecke des Spieles in die Hände von gewerbsmäßigen oder nicht gewerbsmäßigen Wucherern fallen kann, maßgebend für die Beurteilung des Spielvertrages sind. Wenn aber eine solche Beurteilung nicht stattfindet, so läßt sich nicht absehen, warum ein Spieldarlehen unwirksam sein sollte; es ist weder eine Leistung, die auf Grund des Spieles gemacht wurde und deshalb nicht zurückgefordert werden könnte, noch ist damit eine Verbindlichkeit zwischen dem verlierenden und gewinnenden Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen worden.[89])

Nicht so weit wie Scherer geht Dernburg[90]), der nicht schlechthin alle Darlehen zum Zweck des Spieles für unklagbar hält, sondern nur diejenigen, welche zur Ermöglichung des Spieles gegeben sind, weil diese gegen die guten Sitten verstoßen; denn auch, soweit das Spiel erlaubt ist, führt er aus, ist die Förderung des Spiels

[89]) In der Hauptsache wie hier: Cosack, § 156 N. 3, Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 187, Anm. 7, mit anderer Begründung Müller-Meikel, bürgerliches Recht, Bd. I, S. 391, „wird eine Verbindlichkeit nur zur Erfüllung einer Spielschuld dritten Personen gegenüber eingegangen, so ist diese unter allen Umständen gültig".

[90]) Dernburg, a. a. O., § 212 III.

durch Darlehen verwerflich. Auch ihm gegenüber ist mit Hachenburg darauf hinzuweisen, daß, nachdem das Spiel selbst von vorneherein nicht unsittlich ist, auch eine Förderung desselben, wenn man im Darlehen eine solche sehen sollte, noch nicht gegen die guten Sitten verstoßen kann.[91])

Auch Planck[92]) stellt die Gültigkeit eines zum Zweck des Spieles gegebenen Darlehens nur dann in Frage, wenn es eine Förderung des Spieles mit sich bringt. Jedoch ist seine Anschauung um deswillen der Wirksamkeit des Spieldarlehens günstiger, weil er in vielen Fällen, in denen ein Darlehen einem Spieler gegeben wird, keine Förderung des Spieles erblickt.

Daß selbstverständlich Darlehen, die aus wucherischen Gründen gegeben werden, nichtig sind, braucht nicht betont zu werden; das entspricht schon den allgemeinen Regeln des B. G. B. über Rechtsgeschäfte.

Entschieden muß aber dagegen Stellung genommen werden, daß vielfach[93]) schon dann ein wucherisches oder gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft angenommen wird, wenn ein Spieler von einem Mitspieler ein Darlehen aufnimmt und dann das Geld wieder an den Darlehensgeber verliert. Für den Ausschluß der Rückforderung in einem solchen Fall haben sich die meisten Schriftsteller[94]) entschieden, vielfach schon deshalb, weil sie in dem Darlehen eine kreditierte Spielschuld sehen, deren Erfüllung nicht erzwungen werden kann.

Zerlegt man die Vorgänge bei der Aufnahme eines Spieldarlehens und prüft an diesen Beispielen die Wirkung der bisher erwähnten Sätze, so wird man sofort ihre Unrichtigkeit erkennen: Eine Gesellschaft von mehreren Personen spielt ein Hasardspiel; ein Beteiligter verliert

---

[91]) Hachenburg, a. a. O., S. 53.

[92]) Planck, a. a. O., S. 762 10a.

[93]) Staudinger, a. a. O., § 762 VI 3, Oertmann, a. a. O., § 762 4d.

[94]) Mot. II, S. 646. In der II. Commission wurden verschiedene Anträge auf Ausschluß der Klagbarkeit des Darlehens für diesen Fall gestellt.

all sein Geld und ersucht einen Mitspielenden, ihm eine Summe vorzustrecken, damit er weiterspielen könne. Er fährt im Spiele fort und verliert auch das geliehene Geld und zwar an den, der ihm das Darlehen gegeben hat. Darin erblicken natürlich diejenigen, die in jedem, auch von einem Unbeteiligten zu Spielzwecken gewährten Darlehen eine Förderung des Spieles sehen, eine unsittliche Ausbeutung. Meyer[95]) spricht sogar davon, daß das Gesetz dieses von den verderblichsten Folgen begleitete Treiben nicht dulden dürfe. Aehnliche Anschauung zeigen auch die Vertreter der herrschenden Lehre[96]), die im Anschluß an ein Urteil des R. O. H. G., Bd. 25 N. 290 von einer kreditierten Spielschuld sprechen.

Die Verhältnisse bei einem solchen Spieldarlehen liegen aber doch so, daß der Spieler, der verliert, seine Schuld tilgt, bis er nichts mehr besitzt. Bis dahin hat er Leistungen gemacht, die nicht mehr zurückgefordert werden können. Dann nimmt er ein Darlehen auf; das Geld, das er erhält, geht in sein Eigentum über; mit ihm spielt er weiter, verliert an seinen Darlehensgeber und zahlt mit seinem Eigentum seine neu erwachsene Spielschuld. Auch diese Leistung kann er nicht mehr zurückfordern. Er hat nunmehr alle seine Spielschulden beglichen. Die einzige Verbindlichkeit, die gegen ihn noch geltend gemacht werden kann, ist die aus dem Darlehen und diese soll sich auf einmal in eine kreditierte Spielschuld verwandelt haben, weil — dies kann der einzige Grund sein — für den Verlierenden es im wirtschaftlichen Effekt gleich wäre, wenn er im Spiel das Darlehen gezahlt und auf Borg gespielt hätte.

Oder soll gar angenommen werden, daß diejenigen, die von einer kreditierten Spielschuld sprechen, den Fall im Auge haben, daß ein Spieler seine Verluste nicht zahlt,

[95]) Meyer, a. a. O., S. 39.

[96]) Planck, a. a. O., Staud, a. a. O., Mengel, S. 75, Mahler, S. 43, Oertmann, § 762 4, Endemann, Lehrb., § 187, Anm. 7, Mot. II, S. 646, Regen, Erscheinungen gleich den Naturalobl., im B. G. B., Rostock. Diss. 1903, S. 36.

sondern den gewinnreichen Mitspieler bittet, ihm seine Schuld einstweilen als Darlehen zu belassen. In diesem Falle wäre aber gar kein Darlehen gegeben, sondern man müßte das Vorliegen eines novatorischen Rechtsgeschäfts annehmen, das allerdings, wie schon oben dargestellt, eine Verbindlichkeit nicht begründet. Aus welch anderen Gründen eine kreditierte Spielschuld aber in Frage kommen könnte, ist nicht erfindlich.

Zu berücksichtigen bleibt hier weiter, daß bei der Aufnahme des Darlehens der Geber noch gar nicht wissen kann, ob er in dem Spiel, das fortgesetzt werden soll, gewinnt. Er gibt das Geld und eröffnet demjenigen, der bisher verloren hat, eine neue Möglichkeit zu gewinnen. Bei einem ehrlichen Spiel wird wohl niemand hierin etwas Unsittliches finden. Man denke nur bei Erörterung dieser Rechtsfrage an ein Spiel um geringe Summen.

Wenn nun der Darlehensnehmer verliert, aber nicht an den Darlehensgeber, sondern an einen Dritten, soll dann ebenfalls keine Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens gegeben sein? Bei einem solchen Ausgang des Spiels wird schon von manchen die Anschauung vertreten, daß die Gültigkeit des Darlehens nicht anzufechten sei.[97]) Wie soll es aber erst dann gehalten werden, wenn nicht nur der Darlehensnehmer, sondern auch der Darlehensgeber verliert, oder gar wenn der Darlehensnehmer von letzterem die Summe, die er als Darlehen erhalten hat und noch mehr dazu zurückgewinnt? Hier wird wohl niemand die Berechtigung einer Rückforderung des Darlehens verneinen, ausgenommen natürlich diejenigen, die konsequent auf der Unsittlichkeit des Spieles weiterbauend auch alle zum Zweck des Spieles gegebenen Darlehen für unsittlich halten.

Meines Erachtens ist dieser Hinweis auf die einzelnen Möglichkeiten, die sich bei der Hingabe eines Darlehens an einen Mitspieler ergeben, der beste Beweis dafür, daß hier von einem Ausschluß der Gültigkeit eines Spiel-

[97]) Planck, a. a. O.

darlehens überhaupt nicht die Rede sein kann; denn sonst müßte man die Unterscheidung zwischen gültigen und nicht vollgültigen Spieldarlehen, wie dies bei näherem Zusehen die herrschende Lehre tut, auf die zufälligen Wendungen abstellen, die ein Spiel nach Aufnahme des Darlehens nehmen kann. In dieser Weise begründet auch das Oberlandesgericht Marienwerder[98]) im Gegensatz zur übrigen Rechtsprechung seine Ansicht, daß die Klaglosigkeit aus § 762 nicht hervorgehe, daß insbesondere keine kreditierte Spielschuld vorliege, indem es ausführt, daß der Umstand, daß ganz außerhalb des Rechtsgeschäftes liegende Zufälle über die wirtschaftliche und rechtliche Natur des Geschäftes entscheiden sollen, den größten Bedenken unterliegt.

Einer weiteren Art von Spieldarlehen, nämlich denjenigen, die zur Bezahlung von Spielschulden gegeben sind, wird selbst von den Anhängern der extremsten Richtung in dieser Frage die Wirksamkeit nicht abgesprochen. Die Ursache hievon ist aber nicht die, daß plötzlich das Spiel für sie seinen zu mißbilligenden Charakter verloren hat, sondern vielleicht nur eine rein wirtschaftliche Ueberlegung; denn wenn man einem Darlehensgeber, der einem in Spielschulden Verstrickten aus der Verlegenheit, ja vielleicht aus der schlimmsten Not hilft, das Rückforderungsrecht versagt, so setzt man sich der Möglichkeit aus, daß sich niemand mehr findet, der die Gefahr, eventuell kein Zwangsmittel zur Erreichung seiner Forderung zu haben, auf sich nimmt. Welche Situation hiedurch bei der strengen Auffassung, die die Sitte von der Bezahlung der Spielschulden hegt, — Spielschulden sind Ehrenschulden und innerhalb 24 Stunden zu bezahlen —, heraufbeschworen werden können, braucht nicht besonders dargelegt zu werden. Es würde im übrigen gegen alle

[98]) Rechtspr. O. L. G., Bd. 5, S. 103 ff., in einer neueren Entscheidung neigt sich das Reichsgericht, Bd. 67, S. 355 ff., der hier vertretenen Ansicht mehr zu, ebenso in Bd. 10, S. 1 ff., wenn auch hier der Tatbestand zu einer Abweisung der Klage des Darlehengebers führte.

Verkehrsanschauungen gehen, wenn man solchen Darlehen den Klageschutz versagen wollte. Deshalb wird auch in der gesamten Literatur die Meinung vertreten, daß diese Darlehen vollkommene Verbindlichkeiten erzeugen. Ja sogar bei Darlehen, die zur Tilgung einer unerlaubten Spielschuld dienen, ist dies der Fall. Die Gründe dafür decken sich mit den schon erwähnten.

Es lassen sich somit die Regeln über das Spieldarlehen dahin zusammenfassen, daß es ohne Rücksicht auf das Motiv der Geber dann stets zurückgefordert werden kann, wenn eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung in Frage kommt. Ein solcher Verstoß liegt aber nicht schon darin, daß es zum Zweck des Spiels aufgenommen worden ist.

§ 7.

Der Spielauftrag.

Eine noch hartnäckigere Controverse als über das Spieldarlehen hat sich über die rechtlichen Wirkungen eines Spielauftrags entsponnen.

Schon vor der Geltung des B. G. B. hat das Reichsgericht zu dieser Frage Stellung genommen und zwar vom Gesichtspunkt des allgemeinen preußischen Landrechts aus, das allerdings dem Spielvertrag mißbilligend gegenüber stand, wie sich auch deutlich aus seinen Normen über das Spieldarlehen ergibt. So ist in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 40, Seite 209 der Satz aufgestellt, daß, wenn es keine Klage aus einem Spiel gibt, es auch bei Nichtbefolgung des Spielauftrags keine Klage daraus geben kann, daß nicht gespielt wurde. In Bd. 34, S. 266 ist die Unklagbarkeit des vom Auftraggeber gemachten Aufwandes ausgesprochen.

Die besondere Bedeutung, die diesen Entscheidungen auch jetzt noch zukommt, liegt darin, daß das Reichsgericht auch für das Recht des B. G. B. von ihnen nicht abgewichen ist, sondern sie sogar mehrmals als jetzt noch

zu Recht bestehend anerkannt hat[99]). Zugleich hat die herrschende Lehre in der Rechtswissenschaft sich die in den Entscheidungen vertretenen Ansichten zu Eigen gemacht.

Das B. G. B. enthält keine Bestimmung über den Auftrag zum Spiel, ebensowenig wie die Motive eine Andeutung in dieser Richtung bringen. Es ist somit auf die Regeln vom Auftrag (§ 662 B. G. B. ff.) zurückzugehen und zu sehen, ob nicht etwa die Berührung mit dem Spielvertrag dieselben ändert.

Gemäß § 662 ist der Beauftragte verpflichtet, ein ihm vom Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Welcher Natur dieses Geschäft sein muß, ist nicht bestimmt. Mit Oertmann[100]) ist anzunehmen, daß sich der Auftrag nicht nur auf wirksame Rechtshandlungen zu beziehen braucht, sondern auch auf faktische Leistungen erstrecken kann. Ein Ausschluß eines Auftrages auf nicht voll wirksame Rechtsgeschäfte ist nirgends im B. G. B. anerkannt. Es muß daher angenommen werden, daß es auf keinen Fall verboten ist, einen Auftrag zu erteilen, der dahin geht, ein anderer solle für den Auftraggeber spielen. Dann sind aber auch nicht die Folgen, die ein solcher Auftrag nach sich ziehen kann, schon deshalb unwirksam, weil der Spielauftrag unwirksam ist. Die hier als falsch bezeichnete Ansicht scheint Cosack[101]) zu vertreten; denn er will den Auftrag zum Spiel gleich dem Spiel behandelt wissen, also für alle daraus entstehenden Ansprüche mit Ausnahme des Ausschlusses der Rückforderung des Geleisteten seine Wirksamkeit verneinen.

Gerade der entgegengesetzten Meinung ist Oertmann[102]), der den Auftrag zum Spiel für voll wirksam hält und

---

[99]) R. G., Bd. 51, S. 156 ff.

[100]) a. a. O., § 762 4e, cf. Mot. II, S. 527.

[101]) a. a. O., § 156 II 3.

[102]) a. a. O., § 762 4e, ebenso Trumpler, a. a. O., S. 472, Staub, 6./7. Aufl., Exkus zu § 376, Anm. 60.

insbesondere auch einen Anspruch auf Ausführung des Spiels dem Auftraggeber zubilligen will.

Dernburg[103]) wieder gibt dem Auftraggeber kein Recht auf die Ausführung des Spiels und begründet dies im Zusammenhang mit seiner ganzen Auffassung vom Spiel damit, daß das schutzwürdige Interesse fehle.

Der Ansicht Dernburgs bezüglich des Ausschlusses der Klage auf Erfüllung des Auftrags dürfte m. E. im Effekt, wenn auch nicht in der Begründung zuzustimmen sein, wie dies die Mehrzahl derer, die zu dieser Frage sich äußerten, tut[104]). Nach § 762 B. G. B., wird durch das Spiel eine Verbindlichkeit nicht begründet d. h., wie oben dargelegt, aus einem Spielvertrag ist keine Partei zu irgend einer Leistung, auch nicht zur Vornahme des Spiels verpflichtet, insbesondere kann bei der Stellung des Gesetzes zum Spielvertrag eine solche Leistung nicht erzwungen werden. Das Gesetz würde aber diese Stellung aufgeben, wenn man annehmen müßte, daß es im Fall eines Auftrags zum Spiel einer Klage auf Ausführung zum Sieg verhelfe. Es ist daher auch gar nicht nötig mit Dernburg auf den Mangel eines schutzwürdigen Interesses oder gar auf die sittlichen und wirtschaftlichen Gefahren des Spieles hinzuweisen, um die Klagbarkeit eines Auftrags hiezu auszuschließen.

Es versteht sich von selbst, daß, wenn der Auftrag auf Durchführung des Spiels nicht erzwungen werden kann, auch dem Auftraggeber kein Anspruch wegen des außer Acht gelassenen Auftrags zugebilligt werden kann; so kann jemand, der seinen Freund ersucht, für ihn beim Totalisator auf ein bestimmtes Pferd einen bestimmten Betrag zu setzen, nicht den Ersatz des Schadens von ihm verlangen, den er selbst dadurch erleidet, daß der andere den Auftrag nicht erfüllt hat, wenn auf das von ihm bezeichnete Pferd eine Totalisatorquote trifft[105]).

[103]) a. a. O., § 212 II.

[104]) Fischer-Henle, § 762, Anm. 3, Planck, § 762 10 b, Neumann, § 762 6 b, Loew, S. 64, Mahler, S. 44, ist zweifelhaft.

[105]) Wie hier auch Staudinger, Bd. VI I c.

Die Rechtslage ändert sich aber sofort, wenn der Beauftragte auf Grund des Auftrags das Spiel vorgenommen hat. Mit diesem Augenblick scheidet die Einwirkung des Spielvertrages aus und wir haben es nur mehr mit den Rechtsfolgen des erfüllten Auftrages zu tun (§§ 662 ff., B. G. B.). Darnach ist der Beauftragte verpflichtet, alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben (§ 667, B. G. B.). Man könnte vielleicht dieser Ansicht deshalb den Vorwurf der Inkonsequenz machen, weil der Klage auf Ausführung des Auftrags der Einfluß des Spiels entgegengestanden hätte, während er der Klage auf Auszahlung des Spielgewinnes nicht entgegenstehen soll. Dieser Einwurf wird aber durch den Hinweis auf den Umstand entkräftet, daß im ersteren Falle der Satz im Wege stand: Niemand kann zur Ausführung des Spieles gezwungen werden. Jetzt aber handelt es sich nicht mehr um die Forderung einer Leistung, die von dem Gewinner gegen den Verlierer geltend gemacht wird, sondern von dem Auftraggeber aus dem Auftragsverhältnis gegen den gewinnreichen Beauftragten.

Gerade hier zeigt sich die Folge der vorhin angeführten Regel, daß ein Auftrag auch auf nicht voll wirksame Geschäfte gerichtet werden kann. Wäre dies nicht der Fall, dann wäre auch der Spielauftrag nichtig, und selbst wenn der Beauftragte dem Auftrag nachgekommen wäre, wäre das vorgenommene Spiel lediglich auf sein Risiko gegangen; eine Pflicht zur Auszahlung eines Gewinnes hätte nicht die Folge sein können; so aber kann, um bei dem vorhin gewählten Beispiel zu bleiben, derjenige, der im Auftrage seines Freundes am Totalisator gesetzt und einen Gewinn erzielt hat, von seinem Auftraggeber mit Klage auf Auszahlung des Gewinnes belangt werden.

Die hier wiedergegebene Anschauung wird mit Ausnahme von Cosack und Planck von der gesamten Rechtsprechung und Literatur, soweit sie zur Verfügung stand, festgehalten, gleichviel, wie ihre Stellungnahme zu dem

Ausschluß der Klage auf Durchführung des Spielauftrages ist.

Einen scharfen Meinungsstreit hat im Gegensatz hiezu die Frage hervorgerufen, wie es sich verhält, wenn der Beauftragte beim Spiel verloren und die Ausgaben einstweilen aus seiner Tasche gedeckt hat. Hier vertritt Trumpler[106]) die Ansicht, es sei zu unterscheiden, ob der Beauftragte neben dem Auftrag zum Spiel auch einen Auftrag zur Bezahlung der Spielschulden gehabt habe. Wenn dies der Fall wäre, dann solle dem Beauftragten Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen nach Auftragsrecht zustehen, wenn aber nicht, dann solle höchstens ein Ersatz nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage kommen. Träfe diese Unterscheidung zu, so würde natürlich im zweiten Falle der Beauftragte selten darauf rechnen können, daß er für seine Auslagen Ersatz erhält, denn dann würde es wohl meist an dem Erfordernis des Interesses des Geschäftsherrn (§ 677 B. G. B.) fehlen, zumal da der Beauftragte selbst keine Pflicht zur Deckung des Spielverlustes (mit Ausnahme der durch die Sitte gebotenen) gehabt hätte, da er ja selbst nach § 762 B. G. B. zur Zahlung nicht gezwungen werden konnte. Man wird jedoch mit der Annahme nicht fehl gehen, daß eine solche Unterscheidung hier überflüssig erscheint; denn bei demjenigen, der einem andern einen Auftrag gibt, für ihn zu spielen, darf, wenn es nicht ausdrücklich geschehen ist, wohl die stillschweigende Genehmigung zur Verauslagung der Spielunkosten und des Verlustes vorausgesetzt werden. Darin ist aber Trumpler beizustimmen, daß der Auftraggeber verpflichtet ist, dem Beauftragten seine Auslagen zu ersetzen.[107])

Die herrschende Lehre dagegen wendet sich der Anschauung zu, daß beim Spielauftrag dem Beauftragten ein Klagerecht wegen seiner Verwendungen, eine actio mandati contraria nicht zustehe.

---

[106]) a. a. O., S. 470.

[107]) Ebenso Oertmann a. a. O., § 562 4 e, S. 829 o, Staud., a. a. O., Bd. 6 I c zu § 762, Mengel, S. 63, Loew, S. 38, Gompertz, S. 36.

Konsequent ist diese Auffassung bei denjenigen, die den Spielauftrag dem Spiel gleichsetzen und jeden Erfüllungszwang aus ihm versagen, wie dies Cosack tut. Einiges Befremden muß aber die Stellungnahme derer erregen, die dem Beauftragten die Pflicht zur Herausgabe des Gewinnes auferlegen, seine Ansprüche auf Ersatz der Auslagen aber nicht anerkennen.[108]) Eine stichhaltige Begründung dieses merkwürdigen Widerspruches findet sich nirgends und wird sich wohl auch nicht geben lassen. Der Hinweis bei Staub-Könige, daß der Spielauftrag, wenn der Beauftragte gespielt und gewonnen hat, insoweit ausgeführt ist, kann keinen Beifall finden; denn warum sollte man auch nicht darin eine Ausführung des Auftrages erblicken, wenn der Beauftragte gespielt und verloren hat. Auch dieses Spiel ist doch sicherlich im Auftrag gemacht worden. Sollte man wirklich so weit gehen dürfen, bei einem Spiel, also einer vom Zufall abhängigen Tätigkeit, nur dann von einer Ausführung des darauf bezüglichen Auftrages sprechen zu können, wenn der Zufall dem Spieler günstig ist. Das ist gewiß falsch. Der Spielauftrag ist ausgeführt, wenn der Beauftragte, das, was in seiner Macht gelegen war, getan hat, um seinem Auftrag nachzukommen. Der Erfolg seiner Tätigkeit muß dabei ganz aus dem Spiele bleiben und auch ein verlorenes Spiel als in Ausführung des Auftrages gemacht, anerkannt werden.

Man wird also wohl dahin kommen, auch dem verlierenden Beauftragten einen klagbaren Anspruch auf Deckung seiner Auslagen zuzuerkennen. Hieran kann auch die Tatsache nichts ändern, daß das Reichsgericht den entgegengesetzten Standpunkt in ständiger Rechtsprechung festhält. Wie schon oben dargelegt, hat das Reichsgericht für die Zeit vor der Einführung des B. G. B. ausgesprochen, daß der Auftrag dem Spiel völlig gleichsteht und insbesondere verneint, daß ein Anspruch auf

---

[108]) Planck, a. a. O., § 762 10 b, Dernburg, § 212 II, Staub, 8. Aufl., Exkurs zu § 376, Anm. 79, im Gegensatz zu der noch von Staub selbst redigierten 6./7. Aufl., Anm. 46, Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 762.

Erstattung der Spielaufwendungen durch den Spielauftrag erzeugt werde.[109]) An diese Entscheidungen knüpft das Reichsgericht in Bd. 51, S. 159[110]) an und erklärt auch für das neue Recht den Spielvertrag, soweit ein Ersatzanspruch daraus folgt, für unverbindlich, indem es denjenigen, der einen Spielauftrag gibt, dem gleichstellt, der auf Borg spielt. Da man vom letzteren die Erfüllung nicht erzwingen könne, gehe dies auch für den Auftraggeber nicht an, für den die Aufwendungen des Beauftragten sachlich nichts anderes seien als eine Spielschuld. Es würde, wenn man sie als rechtsverbindlich anerkennen wolle, der Zweck des Gesetzes zum großen Teil vereitelt werden; man würde einen Umweg für die Begründung einer Rechtslage eröffnen, welche der vom Gesetz nach seinem Ausspruch nicht gewollten gleich wäre.

In der hier zitierten Entscheidung ist wieder der Einfluß der Lehre von der Unsittlichkeit des Spieles zu erkennen. Weil das Spiel wirtschaftliche Gefahren mit sich bringen kann, soll alles geschehen, damit es möglichst unterdrückt werde. Um diesen Zweck zu erreichen, wird sogar der gefährliche Weg der ausdehnenden Interpretation gewählt und der Spielauftrag gleich dem Spiele selbst für völlig unverbindlich erklärt. Wenn eine solche Interpretation mit dem Hinweis auf die sonst eintretende Vereitelung des Zweckes des Gesetzes begründet wird, dann kann man wohl mit Staub[111]) davon sprechen, daß der Zweck des Gesetzes über das Gesetz selbst gestellt wird. Im übrigen geht das Streben des B. G. B. gar nicht auf eine möglichste Beschränkung des Spieles, sondern nur darauf, eine Berührung mit ihm zu vermeiden.

Gegen die Rechtsanschauung des Reichsgerichts haben auch einige Oberlandesgerichte, wenn auch mit wenig Erfolg, Front gemacht. Besonders eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Kiel[112]) weist zutreffend darauf hin,

[109]) E. R. G., Bd. 34, S. 266.
[110]) ebenso E. R. G., Bd. 59, S. 136.
[111]) Staub in der deutschen Juristenzeitung 1903, S. 19.
[112]) Schlesw.-Holst., Anz. 1905, S. 278 ff.

daß bei einem, der als Beauftragter spielt, jedes aleatorische Moment wegfällt, und für ihn lediglich sein Auftrag maßgebend ist. Ebenso richtig bemerkt die in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 10, S. 187 veröffentlichte Entscheidung, daß das Interesse des Beauftragten von dem eines Spielers völlig verschieden ist. Wenn durch das Reichsgericht einzelne dieser Urteile auch aufgehoben wurden, so müssen wir doch an den in ihnen vertretenen Grundsätzen festhalten, daß, wenn auch die Ausführung des Spielauftrages nicht klagbar ist, so doch die Folgen des erfüllten Auftrages wirksam geltend gemacht werden können. Dafür spricht auch das vom Oberlandesgericht Hamburg[113]) vorgebrachte Argument. In einer in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4, S. 232 veröffentlichten Entscheidung wird daraus, daß im § 60 (früher § 66 II) Börs. Ges. vom 27. Mai 1908 die Aufnahme einer Bestimmung über die Unwirksamkeit der Aufträge zum Abschluß von nicht verbotenen Börsentermingeschäften als nötig befunden wurde, ein Schluß darauf gezogen, daß die Vorschriften des B. G. B. für das Börsengesetz nicht ausgereicht hätten. Den Hinweis auf § 66/2 Börs. Ges. verwendet allerdings Planck im entgegengesetzten Sinn, indem er darin m. E. mit Unrecht eine Bekräftigung des im B. G. B. nicht direkt ausgesprochenen Satzes von der Unverbindlichkeit des Spielauftrages sieht.

Nach unserer Auffassung spricht Gesetz und Billigkeit dafür, daß der Spielauftrag ein vollkommenes Schuldverhältnis erzeugt.

§ 8.

Werkvertrag, Gesellschaft, Vergleich und Schiedsvertrag.

Alle die Fälle, in denen im Gegensatz zu dem bisherigen ein Auftrag zum Spiel gegen Entgelt erteilt und

[113]) Rechtspr. der O. L. G., Bd. 4, S. 232.

ausgeführt wird, fallen unter den Begriff des Dienst- oder Werkvertrags. Auf diesen finden die im vorigen Paragraphen festgestellten Regeln über den Auftrag entsprechende Anwendung. Das ergibt sich schon aus § 675 B. G. B., der auf Werk- oder Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, die Vorschriften über den Auftrag für anwendbar erklärt. Vom Standpunkt der hier vertretenen Anschauung kann also aus einem Werkvertrag auf Ausführung des Spiels nicht geklagt werden, wohl aber steht dem Dienstherrn einerseits ebenso gut ein Anspruch auf Auszahlung des vom Verpflichteten gemachten Gewinnes zu, wie dieser andererseits einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen hat. Auch dadurch, daß der Beauftragte im eigenen Namen, aber für Rechnung seines Auftraggebers als Kommissionär seinen Auftrag erfüllt, wird seine Stellung nicht geändert. Die von Hirschfeld geäußerte Ansicht, daß die entgeltliche Vermittlung gegen die guten Sitten verstoße und deshalb verboten sei, erscheint doch als zu weitgehend[114]).

Durch das Reichsgesetz vom 4. Juli 1905, die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen betr. ist das geschäftsmäßige Vermitteln von Wetten für Pferderennen unter Strafe gestellt. Es dürfte jedoch auch diese Strafbestimmung auf die Gültigkeit des einzelnen Wettauftrags aus den anläßlich der Besprechung des § 284 Str. G. B., dargelegten Gründen ohne Einfluß sein. Allerdings wird man zugeben müssen, daß gerade beim Betrieb gewerbsmäßiger Wettvermittlungsbureaus sehr oft die mit den Kunden abgeschlossenen Werkverträge nicht durch Ausführung des Auftrags, sondern durch sogenannte „Wette in sich selbst" ihre Erledigung finden und dann natürlich als Wette keine Klagbarkeit besitzen.[115])

Entsprechendes wie vom Werkvertrag gilt auch vom Gesellschaftsvertrag. An seiner Gültigkeit kann wohl nicht gezweifelt werden, es müßte denn sein, daß durch

[114]) Hirschfeld, a. a. O., S. 48.

[115]) Oertmann, a. a. O., § 762, B. G. B., Staud., § 762 IV I und 4.

ihn verbotene oder gegen die guten Sitten verstoßende Spiele bezweckt werden. Aus einem solchen Gesellschaftsvertrag gehen klagbare Rechte und Pflichten für die Mitglieder hervor, so auf Bezahlung der Beiträge, auf Anteil an Gewinn und Verlust.[116])

Einem Verein mit diesem Zweck wird die Eintragung in das Vereinsregister nicht versagt werden können.

Ein Vergleich[117]), in dem die Spielschuld ihrem Betrag nach festgestellt wird, ändert an ihrer Unklagbarkeit nichts. Auch er fällt unter die Vereinbarungen, für die nach § 762 Abs. 2, B. G. B., die Regeln über das Spiel gelten. Anders aber, wenn in dem Vergleich ein Abkommen über die Frage getroffen wird, ob den Grund einer Schuld ein Spielvertrag bildet oder nicht. In diesem Fall hat der Vergleich volle Wirksamkeit, vorausgesetzt natürlich, daß er nicht unter Verschleierung des wirklichen Spielcharakters der Schuld abgeschlossen ist.

Dieselben Grundsätze gelten auch für die Beurteilung der Gültigkeit eines Schiedsvertrages über ein Spielverhältnis. Wenn er zur Entscheidung der Frage abgeschlossen wurde, ob ein Spiel überhaupt vorlag, sind die Parteien an einen etwaigen Schiedsspruch gebunden. Ist dies aber nicht der Fall, sondern sollen dem Schiedsgericht Streitigkeiten aus dem Spielverhältnis selbst zur Fällung eines Spruches vorgelegt werden, so ist keine Partei verpflichtet, sich dem Urteil zu unterwerfen, wenn sie sich auf das Verfahren nicht eingelassen oder sonst in erkennbarer Weise ihren Widerspruch geltend gemacht hat; ja die unterlegene Partei hat sogar das Recht, die Aufhebung des Schiedsspruches gemäß § 1041 Ziff. 1 C. P. O. zu verlangen.[118])

---

[116]) Oertmann, § 762 4f, Staud., § 762 VI 2, Mahler, S. 44, Regen, S. 37.

[117]) Wie hier Oertmann, § 762 4c, Planck, § 762 VI, ebenso die dort angegebenen Entscheidungen des R. G.

[118]) Reichsgericht, Bd. 58, S. 152, Oertmann, a a. O., § 762 IV h Staud., § 762 III Ig, Planck, § 762 6, Mahler, S. 44.